Ein Weg zur Löschung „toter Gesellschaften mit beschränkter Haftung"

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Heinz Ehlers
Referendar am Amtsgericht Göttingen.

Göttingen.
Druck der Dieterichschen Universitäts-Buchdruckerei (W. Fr. Kaestner).
1925.

Gutachter: Prof. Dr. Herbert Meyer.

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1925.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Uebersicht:

Einleitung:

§ 1: Die „toten GmbH." werden im Handelsregister zu Hannover nicht gelöscht.

Hauptteil:

§ 2: Ein Auflösungsgrund nach § 60 GmbHG. ist nicht gegeben.

§ 3: Eine Löschung ohne rechtliche Begründung ist unstatthaft.

§ 4: Die GmbH. ist juristische Person (Korporation).

§ 5: Das Substrat der juristischen Person (der Korporation) besteht in einem organisierten lebenstätigen Personenverband.

§ 6: Juristische Personen ohne einen Personenverband sind umstrittene Ausnahmen.

§ 7: Das Vorhandensein realen Vermögens ist keine Existenzbedingung der GmbH.

§ 8: Den „toten GmbH." fehlt es an einem geeigneten Personenverband.

§ 9: Das Auseinanderlaufen der Mitglieder einer juristischen Person (Korporation) führt deren Untergang herbei.

Schluß:

§ 10: Die „toten GmbH." müssen als nicht mehr bestehend gelöscht werden.

Literatur.

Kommentare und Lehrbücher zum HGB.:

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886. I. Bd.

Brand, Das Handelsgesetzbuch. 1911.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1920. 8. Aufl.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts. 1908. 2. Aufl. I. Bd.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts. 1918. II. Bd.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 1909. 8. Aufl.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. 1905. II. Bd.

Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1921. 3. Aufl. Bd. I.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. 1913. II. Bd. 2. Aufl.

Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1900. 13. Aufl. I. Bd.

Ritter, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1910.

Rudorff, Das Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen. 1898.

Staub, Kommentar zum HGB. 1912. 9. Aufl. I. Bd.
1920. 10. Aufl. I. Bd.

Wieland, Das Handelsrecht 1921. I. Bd.

Kommentare zum GmbH.:

Brodmann, Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin und Leipzig 1924. I. Bd.

Esser, Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin 1908. 4. Aufl.

Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz betr. die GmbH., systematische Darstellung und Kommentar. Berlin und Leipzig 1922. 6. Aufl.

Merzbacher, Das Reichsgesetz betr. die GmbH. München 1921. 7. Aufl.

Neukamp, Kommentar zum Reichsgesetz über die GmbH. Berlin 1907. 4. Aufl.

Parisius-Krüger, Das Reichsgesetz betr. die GmbH. Berlin 1898. 2. Aufl.

Pinzger, Das Gesetz betr. die GmbH. 1914.

Staub, Kommentar zum Reichsgesetz betr. die GmbH.
Berlin 1906. 2 Aufl.
Berlin 1913. 4. Aufl.
Entwurf eines Gesetzes betr. die GmbH. nebst Begründung und Anlage Amtl. Ausgaben. Berlin 1891. Verlag von Franz Vahlen.
Reichstagsberichte, Stenographische 8. Leg. Per. I. Sess. 5. Anl. Bd. Berlin 1892.

Einzelschriften.

Affolter, Zur Lehre von der Gesellschaft, im ArchBürgR. Bd. 35 S. 225.
v. Bargen, Zusammenhang zwischen Rechtsform und Kreditfähigkeit bei der GmbH. Göttingen 1923. Diss.
Bauer, Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei der GmbH. Leipzig 1910. 4. Aufl.
Bernatzki, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die Persönlichkeit der Behörden. Im ArchOeffR. Bd. 5 S. 169.
Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.
Brinz, Pandekten. 2. Aufl. II. Bd.
Damköhler, Wesen und Bedeutung der one man-company, Göttingen 1908. Diss
Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 1908. 3. Aufl. I. Teil.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1919. 12./14. Aufl. I. Bd. I. Teil.
Fischer, Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft, im ArchZivPr. Bd. 117 S 143.
Fränkel, Die GmbH. Tübingen 1915.
Frommhold, Die Familienstiftung, im ArchZivPr. Bd. 117. S. 87.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht 1895.
„ Die Genossenschaftstheorie und die Rechtsprechung. 1887.
„ Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes. Rechtsgeschichte des deutschen Genossenschaftsrechtes. 1868.
„ Das Recht der Verbandspersönlichkeit, in Jher-J. Bd. 35 S. 169.
Haff, Grundlagen einer Körperschaftslehre. Leipzig 1915.
„ Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts. Zürich 1918.
Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.
Karlowa, Zur Lehre von den juristischen Personen, in Ztschr. f. das priv. u. öff. R. der Gegenwart. Bd. 15 S. 381.

Kayser, Einzelne praktische Winke zur Führung des Handelsregisters, in Beitr. u. Erl. des dtsch. R. Bd. 19 S. 749.
Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. 1904. II. Bd.
Marcus, Besteht im Registerrecht eine Lücke hinsichtlich des Löschungsverfahrens gegenüber handelsrechtlichen Korporationen? in BlRspflKG. 1912. S. 22.
Marcus, Das Löschungsverfahren gegen eine Handelsgesellschaft: §§ 31, Abs. 2, 157 HGB. § 141 FGG. in HoldhMSchr. 1910. S. 265.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899. I. Bd.
Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Recht. Stuttgart 1901.
Oertmann, Kommentar zum BGB. Allg. Teil. Berlin 1898. 2. Aufl.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Komm. Berlin 1899.
Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften. Leipzig 1875.
Riesenstahl, Zur Frage der Offiziallöschung von Firmen der juristischen Personen des Handelsrechts, in BlRspflKG. 1912. S. 35.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840. II. Bd.
Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, im ArchBürgR. Bd. 32 S. 12.
Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, im ArchBürgR. Bd. 35 S. 10.
Staudinger, Kommentar zum HGB. I. Bd. 1910. 5./6. Aufl.
v. Thur, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes. Leipzig 1910. I. Bd.
Eine Lücke im Registerrecht der GmbH., in GmbH.-Ztschr. 6 Jg. 1911. S. 347.
Jahresbericht der Handelskammer zu Berlin. 1911.
Löschung der GmbH. im Handelsregister, in Handel und Gewerbe. 1912/13. S. 620.

Zeitschriften:

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für öffentliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
Deutsche Juristenzeitung.
GmbH.-Zeitschrift.
Beiträge und Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot.

Handel und Gewerbe.
Handelsrechtliche Rechtsprechung.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausg. v. Holdheim.
Juristische Wochenschrift.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Zeitschrift für Aktiengesellschaften.
Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart.

§ 1.

Die „toten GmbH." werden im Handelsregister zu Hannover nicht gelöscht.

Bei einer Durchsicht des Handelsregisters zu Hannover fanden sich eine große Anzahl von GmbH. — im Juli 1924 waren es annähernd 200 —, die schon längst hätten gelöscht werden müssen, weil sie allem Anschein nach nicht mehr am Leben sind. Das Handelsregister ist nur zu dem Zweck geschaffen, um über wirklich bestehende Unternehmungen und über gegenwärtige Rechtsverhältnisse im Handelsverkehr Auskunft zu erteilen. Firmen, die in Wahrheit nicht mehr existieren oder niemals mehr gebraucht werden, haben in ihm keinen Raum und müssen, wenn irgendwie möglich, aufs schnellste aus ihm entfernt werden. Ein allgemeines Interesse an ihrem Bekanntsein besteht nicht mehr.

Der Tatbestand bei diesen noch nicht gelöschten GmbH., wie sie uns im hannoverschen Handelsregister entgegentreten, – wir wollen sie nach Bauer[1]) als die sog. „toten GmbH." bezeichnen — ist gewöhnlich folgende: Es ist weder Gesellschaftsvermögen noch ein Geschäftslokal aufzufinden; der Betrieb ist völlig eingestellt, die Gesellschafter haben zwar keinen Auflösungsbeschluß gefaßt; sie

---

1) S. 501.

verhalten sich aber genau so, wie wenn sie nicht mehr Gesellschafter wären; sie kümmern sich um die Weiterführung des Geschäftes nicht, scheinen jegliches Interesse verloren zu haben, sind zum Teil unbekannten Aufenthaltes, zum Teil wohl auch schon verstorben, sodaß, eine Vererblichkeit der Geschäftsanteile vorausgesetzt, fremde, unbekannte Erben ihre Stelle einnehmen. Der Registerrichter vermag sich infolgedessen keine Gesellschafterlisten mehr zu verschaffen. Er hat jeglichen Ueberblick über die Mitglieder verloren. Sofern er noch den Geschäftsführer erreichen kann, wird er von diesem gemäß § 30 GmbH. eine Gesellschafterliste zu erlangen suchen. Doch dann finden wir immer Erklärungen der Geschäftsführer vor, in denen sie darum bitten, ihnen ihre alljährlichen Verpflichtungen, eine Gesellschafterliste einzureichen, erlassen zu wollen; sie geben an, sie wüßten selbst nicht mehr, wo die Gesellschafter geblieben wären; ihrer Ansicht nach existiere die GmbH. schon lange nicht mehr, der Geschäftsbetrieb sei ja eingestellt; sie selbst seien, wenn sie auch nicht ausdrücklich durch die Gesellschaft entlassen wären, nicht mehr Geschäftsführer.

In der Mehrzahl der Fälle sind aber auch die Geschäftsführer überhaupt nicht mehr aufzufinden, sodaß von der GmbH. tatsächlich nur noch die Eintragung im Register übrig geblieben ist.

Was hindert den hannoverschen Registerrichter, in einem solchen Falle die Löschung vorzunehmen? Glaubt er etwa, den Gesellschaftern irgend etwas zu nehmen, wogegen sie später Einspruch erheben könnten? Diese geben doch anscheinend durch ihr Verhalten zu erkennen, daß sie nicht mehr Gesellschafter sein wollen; sie würden deshalb, wenn man aus ihrem Verhalten die Folgerung zieht und

die Firma löscht, wohl auch nicht ungehalten, sondern eher froh sein, daß sie nun auch formell nicht mehr Gesellschafter sind.

In Hannover gibt man diese Erwägungen uneingeschränkt zu. Wenn man aber trotzdem die „toten GmbH." im Register beläßt, so kann diese Stellungnahme nur damit begründet werden, daß man behauptet, das GmbHG. habe in dem § 60 selbst die Gründe angegeben, aus denen eine Auflösung erfolgen solle; da der Tatbestand, wie er bei den „toten GmbH." vorkomme, nicht unter diese Gründe subsumiert werden könne, so müßten die „toten GmbH." als noch bestehend betrachtet werden, sie dürften also auch nicht gelöscht werden. Eine Kritik dieser Auffassung soll erst später erfolgen. Zunächst mag es uns genügen, daß aus den eben geschilderten Gesichtspunkten eine Löschung abgelehnt wird.

Der hannoversche Richter ist sich darüber klar, daß sich aus der Nichtlöschung der „toten GmbH." viele unangenehme Folgerungen ergeben können, und daß umgekehrt im Falle einer Löschung praktische Bedenken gegen die Löschung nicht erhoben werden würden. Wenn er sich trotzdem zu einer Aenderung seines Standpunktes nicht entschließen kann, so liegt dies daran, daß die rechtlichen Bedenken über die Auslegung des § 60 GmbHG. für ihn zu stark sind.

Um nur einige von den unerfreulichen Begleiterscheinungen der Nichtlöschung aufzudecken, sei darauf hingewiesen, daß im Falle der Nichtlöschung eine sehr erhebliche, vollkommen unnütze Belastung des Registergerichtes erfolgen kann. Wenn die „toten GmbH." nicht gelöscht werden, so müssen sie sämtlich als bestehend in den Aktensammlungen der Gerichte mit durchgeschleppt werden. Welch un-

haltbarer Zustand im Laufe der Zeit sich hieraus ergeben kann, läßt sich daraus ersehen, daß während eines einzigen Jahres die Zahl solcher „toten GmbH." in Hannover um 130 gestiegen ist. Es ist gar nicht abzusehen, welchen Verhältnissen man in dieser Beziehung entgegen geht, wenn nicht schleunigst vom Gesetzgeber durch Erlaß einer Sonderbestimmung Abhülfe geschaffen oder im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung ein Ausweg gefunden wird. Doch nicht nur diese rein technischen Schwierigkeiten, sondern auch schwere wirtschaftliche Bedenken sprechen gegen die bisher in Hannover übliche Registerpraxis. Nach § 30 HGB. müssen die einzelnen am gleichen Orte bestehenden Firmen sich deutlich voneinander unterscheiden. Es ist nicht statthaft, daß ein Kaufmann und damit nach § 6 auch eine GmbH. sich eine Firma zulegt, die bereits zum Register für einen anderen eingetragen ist. Erst wenn eine Firma im Register gelöscht ist, kann ein anderer sie für sich eintragen lassen. Wenden wir diese Rechtssätze auf unseren Fall an, so sehen wir, daß durch die Nichtlöschung eine große Anzahl von Firmenbezeichnungen für den Handelsverkehr gesperrt werden — vergl. auch Kayser[1]). Ein Unternehmen, das z. B. die Firma „Deutsche Eilbotengesellschaft m. b. H." führen möchte, wird durch die noch nicht gelöschte Firma einer früheren schon längst außer Betrieb gesetzten gleichnamigen GmbH. daran gehindert. Es besteht hier nach unserer heutigen Rechtsordnung keine Möglichkeit, in einem solchen Falle die Firma einer GmbH. löschen zu lassen. Handelte es sich um einen Einzelkaufmann, so könnte ein Antrag auf Löschung ohne weiteres mit der Begründung gestellt

1) in GruchBeitr. Bd. 19, S. 754.

werden, daß die Firma infolge Nichtgebrauchs erloschen und gemäß § 31 Abs. 2 HGB. zu löschen sei. Dieses Verfahren darf jedoch auf Handelsgesellschaften und damit auf GmbH. nicht ausgedehnt werden. Die Firma einer Handelsgesellschaft ist mehr als die Firma eines Einzelkaufmannes; bei diesem stellt sie sich bloß als der Handelsname dar, bei jener vertritt sie gleichzeitig auch den bürgerlichen Namen. Eine Löschung würde hier nicht nur den Rückzug aus der Geschäftswelt, sondern auch gleichzeitig den Rückzug aus der Rechtswelt überhaupt — also den Tod — bedeuten. Schließlich ist noch zu bedenken, daß für den Fall der Nichtlöschung der „toten GmbH." sämtliche Statistiken über die GmbH. ungenau werden müssen, denn wenn die „toten GmbH." immer wieder als noch bestehende Gesellschaften angeführt werden, so wird sich schließlich ein ganz schiefes Bild ergeben[1]); als bestehend dürfen nur solche Gesellschaften bezeichnet werden, die wirklich noch Geschäfte betreiben; diejenigen, die schon seit langer Zeit ihren Geschäftsbetrieb eingestellt haben, gehören zu den beendigten Firmen; sie haben bei einer Zusammenstellung in der Rubrik der bestehenden Gesellschaften nichts mehr zu suchen.

Fassen wir die Folgen, die sich aus der Nichtlöschung der „toten GmbH." ergeben, zusammen, so sehen wir einen wenig wünschenswerten Zustand vor uns. Es ist zu erstreben, daß die Schwierigkeiten, die den hannoverschen Registerrichter heute noch von einer Löschung zurückhalten, beseitigt werden. In Hannover hat man die Notwendigkeit einer Löschung auch sehr wohl erkannt. Man fordert, weil man sie mit den gegenwärtigen Gesetzesbestimmungen

1) Handel und Gewerbe 1912/13, S. 620.

nicht vereinbaren zu können glaubt, daß auf dem schnellsten Wege eine Vorschrift in der Richtung erlassen werde, daß der Registerrichter beim Vorliegen des obigen Tatbestandes zur Löschung von Amts wegen ermächtigt wird.

Dieses Verlangen ist nach der Literatur auch in früherer Zeit schon häufig ausgesprochen worden. So lesen wir in einer Eingabe der Handelskammer zu Elberfeld an das Reichsjustizamt aus dem Jahre 1912: „Bei Durchsicht des hiesigen Registers hat sich eine GmbH. verzeichnet gefunden, die ihren Geschäftsbetrieb längst eingestellt hat, aber noch nicht im Register gelöscht war. Auf unser Ersuchen beim Amtsgericht um Löschung hat der Registerrichter mitgeteilt, daß eine Löschung nicht erfolgen könne, weil die Löschungsgründe gemäß § 60 GmbHG. nicht vorliegen. Die Folge ist, daß die eingegangene GmbH. dauernd im Register mitgeschleppt und das Gericht mit den Akten belastet bleibt, ohne daß der Richter die Möglichkeit hat, die Gesellschaft zu löschen. Wir bitten bei einer Aenderung des GmbHG. den jetzigen, auch volkswirtschaftlich unerwünschten Rechtszustand durch eine entsprechende Bestimmung zu beseitigen“ [1]). Aehnliche Aeußerungen finden sich noch in der GmbH.-Zeitschrift [2]), in den Jahresberichten der Handelskammer zu Berlin [3]) aus dem Jahre 1911 — vergl. weitere Literatur bei Fränkel [4]). — Sollten sie berechtigt und somit eine Löschung der „toten GmbH.“ nicht zulässig sein, so würde das Verlangen nach besonderer gesetzlicher Regelung nur warm zu unterstützen sein. So wie es in Hannover augenblicklich aussieht, kann

1) Handel und Gewerbe 1912, S. 620.
2) GmbH.-Zeitschrift 1911, S. 347.
3) 1911, S. 51.
4) S. 228.

die Rechtslage nicht bleiben; die „toten GmbH." müssen gelöscht werden.

Eine Zusammenstellung Fränkels[1]) zeigt, daß nicht nur in Hannover, sondern auch an anderen Orten über die Behandlung der „toten GmbH." die größten Bedenken bestehen. Man weiß nirgends so recht, wie man sich ihnen gegenüber verhalten soll, man ist sich nur in dem Gedanken einig, daß sie nicht mehr ins Register hineingehören. Ueber die Art und Weise, wie man sie streichen soll, bestehen noch die größten Gegensätze der Meinungen. In vielen Orten gehen die Registerrichter anders als in Hannover vor. Sie machen nicht vor dem § 60 GmbHG. Halt, stellen fest, daß danach eine Löschung unzulässig sei, und fordern demgemäß eine neue besondere gesetzliche Bestimmung, sondern sie haben versucht, schon nach der bestehenden Rechtsordnung Mittel und Wege zu sofortiger Löschung aufzudecken. So glaubte man z. B. zeitweise in München eine Art stillschweigenden Auflösungsbeschlusses annehmen zu können. In Göttingen hat man sich, da keine praktischen Bedenken dagegen erhoben wurden, dazu entschlossen, eine Löschung von Amts wegen gemäß dem § 31 Abs. 2 HGB. und § 141 FGG. vorzunehmen, indem man einfach behauptet, im vorliegenden Falle sei die Firma erloschen. Das Verfahren, das der Löschung vorangeht, bewegt sich hier in ungefähr folgenden Bahnen: Wenn der Registerrichter durch die Mitteilung der Handelskammer und Steuerbehörde oder auf eine andere Weise erfahren hat, daß eine bei ihm eingetragene GmbH. den Betrieb eingestellt hat, so schickt er an den Geschäftsführer, falls dieser noch aufzufinden ist, ein Schreiben,

1) S. 228.

in dem er ihn auffordert, von einer etwa beschlossenen Auflösung Nachricht zu geben. Er weist ihn darauf hin, daß, wenn die GmbH. nicht mehr bestehen soll, die Auflösung von den Gesellschaftern selbst dann zu beschließen ist, wenn die Gesellschaft irgendwelches Vermögen nicht mehr besitzen sollte und Gläubiger nicht mehr vorhanden sind; der Auflösung habe dann die Liquidation zu folgen. Beantwortet der Geschäftsführer innerhalb eines Monats diese Anfrage nicht, so wendet sich der Registerrichter mit einem gleichen Schreiben an die Gesellschafter, soweit sich deren Anschriften aus den Akten ergeben. Lassen auch diese nichts von sich hören, so wird zunächst eine längere Frist verfügt. Wenn auch diese fruchtlos verstrichen ist, wird die GmbH. in die Löschungsliste eingestellt. Sobald eine Anzahl von Firmen auf dieser Liste stehen, werden die Geschäftsführer, die Gesellschafter und Gläubiger, soweit die Adressen bekannt sind, von der beabsichtigten Löschung benachrichtigt; eventuell erfolgt auch ein öffentlicher Aufruf; zugleich wird eine Frist von drei Monaten zur Geltendmachung eines Widerspruchs bestimmt. Ein solcher öffentlicher Aufruf wurde z. B. vom Amtsgericht Göttingen im September 1924 in folgender Form erlassen: „Nachdem die Firma Aebli & Comp. GmbH., mit dem Sitze in Göttingen, nicht mehr besteht, beabsichtigt das unterzeichnete Amtsgericht die Firma im Handelsregister zu löschen. Zur Erhebung eines etwaigen Widerspruches wird eine Frist bis zum 15. Dezember 1924 festgesetzt. Amtsgericht Göttingen."

Bisher haben sich in Göttingen keine Stimmen gegen dieses eben dargestellte Löschungsverfahren erhoben. Man scheint es durchaus in der Ordnung zu finden, daß die „toten GmbH." aus dem Register verschwinden. Sollte

ausnahmsweise dennoch von seiten eines Gläubigers — die Gesellschafter lassen sicher nichts von sich hören — Widerspruch erhoben werden, so wird das Gericht gerichtliche Liquidation anordnen müssen. Es hätte dann Liquidatoren zu ernennen und diese zu beauftragen, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Vermögen festzustellen und evtl. im günstigen Falle die Ueberreste desselben an die Gläubiger zu verteilen. Es ist aber mit Bestimmtheit anzunehmen, daß es zu diesem letzteren niemals kommen wird. Es ist meist kein Vermögen da, das den Gläubigern zugewiesen werden könnte. Diese müssen auf ihre Befriedigung verzichten.

Diese Angaben mögen genügen, um sich ein Bild von dem Durcheinander zu machen, das bezüglich der Löschungen der „toten GmbH." vorliegt. Es ist erforderlich, den Ansichten, wie sie uns in Hannover, München und Göttingen entgegengetreten sind, einmal näher auf den Grund zu gehen, um Klarheit und damit eine einheitliche registermäßige Behandlung zu erreichen. Der Zustand, daß drei verschiedene Anschauungen nebeneinander herlaufen, muß aufhören.

Die Wissenschaft hat sich bisher mit dieser Frage noch nicht eingehend befaßt. Außer den schon erwähnten Aeußerungen der Handelskammern zu Berlin und Elberfeld finden sich nur noch einige kurze Angaben der Handelskammer zu Osnabrück und einzelner Registerrichter. Diese behaupten in gleicher Weise wie der Richter in Göttingen, daß eine Löschung wohl möglich sei; es käme nicht so sehr der § 60 GmbHG., als die §§ 31 Abs. 2 HGB. und 141 FGG. in Betracht (Handel und Gewerbe, Marcus und Rieffenstahl in KGBl. [1]). Eine kurze Darstellung des

1) KGBl. 1912, S. 21 u. S. 35.

Streites gibt Fränkel[1]); einige Worte über das amtliche Löschungsverfahren finden wir bei Bauer[2]). Im übrigen wird von der Literatur einstimmig betont, daß die bloße Aufgabe des Gewerbebetriebes einer GmbH. noch kein Auflösungsgrund sei. (Vergl. Pinzger-Brodmann, LG.E. Recht; HoldhMSchr.[3])

Wir werden bei unserer Untersuchung davon auszugehen haben, daß entsprechend dem § 31 Abs. 2 HGB. eine Löschung von Amts wegen nur dann in Frage kommen kann, wenn die Firma der GmbH. wirklich erloschen ist. Solange sie noch besteht, kann von einer Anwendung des § 31 Abs. 2 HGB. keine Rede sein (vergl. auch HoldhMSchr.[4]). Die Firma setzt als der Handelsname eines Kaufmannes grundsätzlich ein persönliches und ein sachliches Substrat voraus, nämlich einen Träger und einen Gewerbebetrieb. (Düringer-Hachenburg, Staub, Behrend, Wieland, Brand, Ehrenberg, Handelsrechtliche Rspr.[5]) Mit Verschwinden eines dieser beiden Substrate verliert sie ihre Berechtigung. Hiernach müßten wir also eigentlich, da bei den „toten GmbH." der Gewerbebetrieb eingestellt ist, ein Erlöschen der Firma annehmen können. Wenn wir es aber trotzdem nicht tun (Ritter[6]), so rührt dies daher, daß — wie oben schon angedeutet wurde — bei den Handelsgesellschaften die Firma

1) S. 291. 2) S. 501.

3) Recht 1902, S. 23; HoldhMSchr. 20, 29; Pinzger § 60, Anmerk. 6; Recht 1914, Nr. 2132; Brodmann § 60, Z. 7.

4) 1910, S. 265.

5) Düringer-Hachenburg, HGB. 1908, 2. Aufl., I. Bd., § 17 Anm. 2 u. 7; Staub, HGB. 1912, 9. Aufl., I. Bd., § 17 Anm. 14, § 31 Anm. 2, § 22 Anm. 5; Behrend, 1886, I. Bd., § 40 Anm. 35 u. 43; Wieland, HR. 1921, I. Bd., § 19 Abs. 3; Brand, HGB. 1911, § 17 Anm. 15, § 31 Anm. 4; Ehrenberg, 1918, II. Bd., S. 290; Handelsr. Rspr. 1904, § 31.

6) HGB., Berlin 1910, § 31; Recht 1902, S. 23.

eine gesteigerte Bedeutung hat. Sie ist zugleich, wie schon auf Seite 5 gesagt, auch der bürgerliche Name der Handelsgesellschaft. Sie erlischt daher erst mit der völligen Beendigung der Gesellschaft, mit dem Untergange ihres Trägers. Der Verlust des sachlichen Substrates spielt bei ihr keine entscheidende Rolle.

Damit ist für uns das Problem klargelegt. Wir müssen prüfen, ob eine „tote GmbH." — denn sie ist der Träger — wirklich tot ist oder ob sie noch besteht. Besteht sie noch, so darf nach dem augenblicklichen Rechtsstande eine Löschung von Amts wegen nicht erfolgen; es müßte dann mit Hannover der Erlaß einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, also eine Art Todeserklärung gefordert werden; der Gesetzgeber müßte erklären, daß durch den Eintritt des oben dargestellten Tatbestandes die GmbH. aufgelöst werde; er würde gleichzeitig zweckmäßigerweise eine Erklärung abzugeben haben, daß infolge jeglichen Vermögensmangels von einer Liquidation Abstand genommen werden könne. Daß die Aufstellung einer solchen Bestimmung durch den Gesetzgeber möglich ist, kann nicht bezweifelt werden. Er ist ja in seinen Anordnungen unbeschränkt und kann alles, was ihm gutdünkt, zum Gesetz erheben. Es sind ihm keine Grenzen gesetzt. Selbstverständlich wird er aber seines eigenen Ansehens wegen nicht irgend welche Bestimmungen willkürlich erlassen, sondern sich immer nur von den dringenden Bedürfnissen der Allgemeinheit leiten lassen. Daß ein solches Bedürfnis hier aus mehrfachen Gründen besteht, dürfte oben zur Genüge nachgewiesen sein. Sollten sich daher die Bedenken des hannoverschen Registerrichters als gerechtfertigt darstellen, so würden wir sein Verlangen lebhaft unterstützen müssen.

Wir wollen nun in den nächsten Abschnitten die Frage, ob im vorliegenden Falle noch eine GmbH. besteht, einer näheren Betrachtung unterziehen. Unsere Untersuchung wird praktischerweise von den im Gesetz aufgestellten Auflösungsgründen auszugehen haben; es wird damit zunächst eine Kritik der hannoverschen und Münchner Auffassungen stattfinden.

§ 2.

Ein Auflösungsgrund nach § 60 ist nicht gegeben.

Ein Blick in den Text des GmbHG. lehrt uns, daß die Auflösung der GmbH. in den §§ 60 ff. GmbHG. geregelt ist. In den ersten §§ 60—63 GmbHG. sind die Auflösungsgründe aufgestellt, die übrigen §§ 64—74 GmbHG. betreffen das der Auflösung nachfolgende Liquidations- und Konkursverfahren.

Als Auflösungsgründe hat der Gesetzgeber folgende Tatbestände angegeben: Ablauf der Zeit, Beschluß der Gesellschafter, Urteil eines Gerichts, Entscheidung einer Verwaltungsbehörde und Eröffnung des Konkursverfahrens. Ein Eintritt eines dieser Tatbestände hat nach dem Willen der Rechtsordnung stets eine Beendigung der GmbH. zur Folge.

Was nun zunächst den Ablauf der Zeit anbetrifft, so soll hiermit gesagt sein, daß eine GmbH. von vornherein nur für eine bestimmte Zeit, z. B. zehn Jahre, gegründet werden kann. Ist die Zeit abgelaufen, so muß, falls nicht von den Gesellschaftern eine Verlängerung be-

schlossen wird, notwendig die Liquidation, ausnahmsweise, wenn sich Ueberschuldung oder Zahlungsunfähigkeit ergeben sollte, der Konkurs angemeldet werden und nach dessen Beendigung die GmbH.-Firma im Register gelöscht werden. Für unsere oben dargestellten „toten GmbH." dürfte dieser Auflösungsgrund nicht in Frage kommen, da sie meist auf unbestimmte Zeit gegründet sind; in den wenigen Fällen, in denen sie nur für eine bestimmte Zeit in Aussicht genommen sind, ist diese im Augenblick der Betriebseinstellung und des Auseinandergehens der Gesellschafter in der Regel noch nicht verstrichen. Zeitablauf kann also als Ursache einer etwaigen Auflösung hier nicht in Frage kommen.

Zweifel erregen kann dagegen der zweite Punkt: die Auflösung durch Gesellschafterbeschluß. Wenn auch — wie oben schon gesagt — ein solcher auf formellem Wege durch die Mitgliederversammlung nicht gefaßt worden ist, so ist jedoch die Vorstellung, man könne in dem Auseinandergehen der Gesellschafter die Betätigung eines stillschweigend gefaßten Auflösungsbeschlusses sehen, nicht von vornherein ad absurdum zu verwerfen. Der Gedanke, auf diesem Wege eine Hebung unseres unerquicklichen Rechtszustandes zu erreichen, hat viel für sich. Dementsprechend hat auch der Registerrichter in München lange Zeit, ohne daß praktische Bedenken dagegen erhoben wurden, unter Berufung auf diese Konstruktion die Löschung mit Erfolg durchgeführt. Ueber das Fehlen der eigentlich erforderlichen Liquidation wußte er sich damit zu trösten, daß er diese wegen gänzlichen Vermögensmangels als überflüssig betrachtete. In der Tat wird man von dem Erfordernis der Liquidation in solchen Fällen, ohne dem Gesetzgeber zu nahe zu treten, Abstand nehmen können. Die Liqui-

dation ist als ein Abwicklungsverfahren gedacht; es sollen mit dem vorhandenen Vermögen die noch nicht erledigten Verbindlichkeiten getilgt werden; das restliche Vermögen soll versilbert und an die Gläubiger verteilt werden. Daß alles dieses bei absoluter Vermögensabsorption unmöglich ist, läßt sich nicht bestreiten. Es ist daher nur logisch, wenn man in solchen Fällen von einem Liquidationsverfahren ganz absieht. Daß der Gesetzgeber eine derartige Regelung nicht angeordnet hat, wird darin seine Grundlage haben, daß er mit einem solchen plötzlichen Vermögensschwund ohne die Folge der Löschung nicht gerechnet hat. Er glaubte genügend Schutzvorschriften gegen den gänzlichen finanziellen Vermögenszusammenbruch erlassen zu haben. (§§ 30/31 ff. und 49 GmbHG.) Praktisch wird man die Liquidationsfrage bei den „toten GmbH.", wie oben schon kurz gezeigt wurde, in der Art aufzufassen haben, daß man grundsätzlich von einer Liquidation absieht; ausnahmsweise kann, wenn ein Gläubiger Einspruch erheben sollte, gerichtliche Liquidation angeordnet und in ihr das Fehlen jeglichen Vermögens festgestellt werden. Damit dürfte etwaigen Forderungen der Gläubiger Genüge getan sein. Es muß ihnen nur klar vor Augen geführt werden, daß zur Befriedigung ihrer Ansprüche nichts mehr vorhanden ist.

Wie steht es aber nun mit unserem Ausgangspunkte, in dem Verhalten der Gesellschafter einen Auflösungsbeschluß zu sehen? M. E. ist eine solche Konstruktion nicht möglich. Unter Auflösungsbeschluß versteht der Gesetzgeber eine in allgemeiner Mitgliederversammlung einstimmig oder mit Mehrheitsbeschluß zustandekommende förmliche Entschließung, die ihren Inhalt darin hat, daß die GmbH. nicht mehr fortbestehen soll. Es wird nicht

möglich sein, auf alle die Formalitäten, die allein schon durch das Wort „Beschluß" zum Ausdruck gebracht werden, verzichten zu wollen. Dieses finden wir auch in der Literatur ausgesprochen. So sagt Fränkel[1]): „Die Tatsachen, daß das Geschäftslokal, das Gesellschaftsvermögen, Gesellschafter und Geschäftsführer verschwunden sind, sind kein ordnungsmäßiger Auflösungsbeschluß und vermögen ihn nicht zu ersetzen."

Mit diesen Ausführungen haben wir schon über München unser Urteil gefällt: So gewiß bei den „toten GmbH." im allgemeinen eine Liquidation unterbleiben kann, so ist doch der Weg, sie analog durch einen Auflösungsbeschluß beendet anzusehen, als unbeschreitbar zu betrachten. Die Münchner Praxis muß daher als rechtlich unbegründet abgelehnt werden.

Als dritter Auflösungsgrund ist im § 60 GmbHG. das Vorliegen eines gerichtlichen Urteils oder einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung genannt. Dieser Tatbestand trifft für uns auf keinen Fall zu. Wir haben kein die Auflösung aussprechendes Urteil eines Gerichts oder eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Wir können uns daher sogleich dem letzten in § 60 GmbHG. genannten Beendigungsgrunde, der Konkurseröffnung, zuwenden.

Der Konkurs einer GmbH. wird durch Ueberschuldung oder Zahlungsunfähigkeit bedingt (§ 63 GmbHG.). Er ist von dem Geschäftsführer beim Gericht anzumelden. Dieses beschließt, falls genügend Masse vorhanden ist, von sich aus die Eröffnung. Vergleichen wir unseren Fall mit diesem gesetzlichen Erfordernisse, so müssen wir auch diesen letzten Auflösungsgrund als für uns nicht in Frage

1) S. 229.

kommend ablehnen (Fränkel[1]). Es ist kein Konkurs eröffnet. Die Frage, ob nicht etwa der Geschäftsführer frühzeitig Konkurs hätte anmelden müssen, spielt keine Rolle. Wir müssen den Verhältnissen entsprechend davon ausgehen, daß eine Konkurseröffnung nicht stattgefunden hat.

Ziehen wir nun aus den bisherigen Betrachtungen den Schluß, ob wir die „toten GmbH." noch als bestehend oder nicht bestehend anerkennen sollen, so kommen wir mit dem hannoverschen Registerrichter zu dem vorläufigen Ergebnis, daß sie anscheinend noch nicht aufgelöst sind und demgemäß auch anscheinend nicht gelöscht werden dürfen.

In Hannover ist man bei diesem Punkte stehen geblieben. Man argumentiert, die GmbH. werde nur aus den im § 60 GmbHG. genannten Gründen aufgelöst; da keiner dieser Gründe vorliege, so müsse die GmbH. noch bestehen. Ist diese Argumentation gerechtfertigt oder erheben sich Bedenken dagegen? Die Beantwortung dieser Frage kann allein davon abhängen, ob im § 60 GmbHG. wirklich alle Auflösungsgründe enthalten sind, oder ob es auch andere vom Gesetz nicht hervorgehobene Gründe gibt, die gleichfalls die GmbH. beendigen! Es ließe sich ja denken, daß der Gesetzgeber gewisse Gründe deswegen nicht mit ins Gesetz hineingenommen hat, weil es selbstverständlich ist, daß bei ihrem Vorliegen eine GmbH. ihr Ende findet.

Ein Blick in den § 60 GmbHG. zeigt, daß diese Ueberlegung nicht ganz unrichtig sein kann. Sehen wir uns die dortigen Auflösungsgründe an, so entdecken wir, daß es zum Teil Gründe sind, die nicht ohne weiteres

1) S. 229.

geeignet sind, eine Auflösung herbeizuführen, vielmehr ist ihnen die auflösende Wirkung erst besonders verliehen worden. Greifen wir nur z. B. die Zahlungsunfähigkeit heraus! Nach § 60 GmbHG. stellt sie einen Auflösungsgrund dar. Ließe sich aber hier nicht genau so gut irgend eine andere Regelung denken, etwa derart, daß in diesem Falle die GmbH. — wie es jetzt zum Teil auch geschieht — unter Geschäftsaufsicht träte? Warum soll sie, die vielleicht ohne Verschulden in Zahlungsschwierigkeiten gekommen ist, gleich in Konkurs geraten und damit dem Untergang anheimfallen? Ebenso: die Gesellschaft verfällt in Überschuldung. Muß dieses mit zwingender Notwendigkeit zu einer Auflösung führen? Es könnten ja auch hier wieder Möglichkeiten gefunden werden, um der Gesellschaft über die schwere finanzielle Krise hinwegzuhelfen. Weshalb gleich die ganze Gesellschaft beseitigen?

In allen diesen Fällen sehen wir vom Gesetzgeber lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt, daß die Auflösung eintreten soll. Es soll eben zum Schutz der Allgemeinheit alles Unsichere aus dem Geschäftsverkehr entfernt werden.

Wir können jedenfalls für uns den Schluß ziehen, daß die Gründe, die im § 60 GmbHG. festgelegt sind, nicht notwendige, sondern zum großen Teil nur willkürliche Auflösungsgründe sind. Man kann diese letzteren daher als „gesetzliche" Auflösungsgründe bezeichnen und schafft so einen Gegensatz zwischen „gesetzlichen" und „natürlichen" Auflösungsgründen.

Indem wir so feststellen, daß der § 60 GmbHG. auch Gründe enthält, die erst durch ausdrückliche Bestimmung des Gesetzgebers eine Auflösung herbeiführen, erscheint die Überlegung, daß es vielleicht noch andere Gründe gibt,

die nur wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht genannt sind, um so verständlicher.

Ehe wir die Literatur in der Richtung prüfen, ob nach ihr der § 60 GmbHG. sämtliche Auflösungsgründe enthält, müssen wir auf die vom Gesetz dem Worte „Auflösung" zugelegte besondere Bedeutung hinweisen. Während man dem allgemeinen Sprachgebrauch nach — wie wir es bisher getan hatten — eine „aufgelöste" Gesellschaft einer beendigten gleichsetzt, versteht der Gesetzgeber unter ihr nur eine „in der Auflösung begriffene" Gesellschaft. Wirklich aufgelöst, d. h. beendigt, ist diese erst nach Durchführung der Liquidation oder des Konkurses.

In der Literatur ist auf diese Eigentümlichkeit von vielen Autoren hingewiesen worden (vgl. z. B. Staub; Crüger-Crecelius und Pinzger[1]). Aus ihr erklärt sich auch, daß z. B. Crüger[2] u. a. (Neukamp, Pinzger[3]) der „Auflösung" einen „Untergang" entgegenstellen; sie wollen damit die Fälle, in denen eine GmbH. nicht erst „aufgelöst", sondern gleich beendigt wird, besonders hervorkehren.

Da in dieser Weise dem Worte „Auflösung" eine besondere technische Bedeutung verliehen ist, so wird es auch für uns zweckmäßig sein, unsere obige Frage, ob noch weitere Auflösungsgründe bestehen, etwas anders zu formulieren. Wir wollen nicht nach „Auflösungsgründen", sondern nach „Beendigungsgründen" suchen. Unter „Beendigungsgründen" fassen wir also nun die „Auflösungs- und Untergangsgründe" zusammen.

---

1) Staub GmBH. 4. Aufl. 1913, § 60; Crüger-Crecelius, § 60, Anm. 1; Pinzger, § 60, Anm. 1;

2) § 60, Anm. 5.

3) Neukamp, § 60, Anm. 9/10; Pinzger, § 60, Anm. 6.

Kehren wir nun zu unserer eigentlichen Frage zurück! Wir haben sie an sich eben bei unserer Gegenüberstellung von „Auflösung“ und „Untergang“ schon kurz bejaht, denn, wenn wir dort gesagt hatten, daß den im § 60 genannten „Auflösungsgründen“ „Untergangsgründe“ entgegengestellt würden, so stellten wir damit bereits fest, daß noch andere Beendigungsgründe außerhalb des § 60 GmbHG. vorhanden sein müssen. Welcher Art sind diese nun? An erster Stelle ist hier die Amortisation von Geschäftsanteilen zu nennen. Es ist allgemein anerkannt, daß mit Amortisation sämtlicher Geschäftsanteile die GmbH. untergehe, weil ihr dadurch das zu ihrem Bestehen notwendige Personensubstrat entzogen werde (vgl. Pinzger und Crüger-Crecelius); für die Aktiengesellschaft früh schon Renaud [1]). Ebenso ist ein Teil der Schriftsteller der Ansicht, daß eine GmbH. ihr Ende findet, wenn nur noch ein Mitglied vorhanden sei; auch hier fehle ihr das zu ihrem Bestand erforderliche Gesellschafterverhältnis (z. B. Neukamp. Gierke für die AG. A. M.: Staub, Pinzger, Crüger-Crecelius, Merzbacher und Esser [2])). Manche Autoren glauben außerdem noch, daß der Verlust des gesamten Vermögens die Beendigung der GmbH. zur Folge habe (Neukamp [3])), eine Behauptung, die wir in anderem Zusammenhange später noch zu würdigen haben werden. Uns liegt an dieser Stelle nur daran, festzustellen, daß der § 60 GmbHG. die Beendigungsgründe nicht erschöpfend

---

1) Pinzger, § 60, Anm. 6; Crüger-Crecelius, § 60, Anm. 5a; Renaud S. 828.

2) Neukamp S. 222; Gierke in Jher. J. Bd. 35, S. 250; Staub GmbH. 1903, § 60, Anm. 20, 244; Pinzger S. 233; Crüger-Crecelius S. 297; Merzbacher S. 173; Esser S. 110.

3) Neukamp S. 116.

darstellt. Es gibt nach Ansicht der Wissenschaft noch eine ganze Reihe von Tatbeständen, die das Ende der GmbH. herbeiführen können.

Mit diesen Betrachtungen sind wir, wie vorher schon München gegenüber, nun auch Hannover gegenüber zu einer — allerdings nur halbwegs negativen — Kritik gelangt. Wir haben bisher nachgewiesen, daß infolge Versagens der Beendigungsgründe aus § 60 GmbH. noch nicht auf ein Fortbestehen der „toten GmbH" geschlossen werden darf. Es ist möglich, daß der Tatbestand, der ihnen zugrunde liegt, dennoch einen Beendigungsgrund darstellt, und daß wir damit trotzdem die „toten GmbH," ohne Vergewaltigung unserer bestehenden Rechtsordnung löschen können. Wir werden in dem folgenden nun zu prüfen haben, in welcher Weise solcher Beendigungsgrund konstruiert werden könnte. Erst wenn uns dieses gelingt, können wir die Kritik an der hannoverschen Auffassung als eine völlig negative bezeichnen.

§ 3.

Eine Löschung ohne rechtliche Begründung ist unstatthaft.

Wir leiten nun zu der Göttinger Löschungsmethode über! Wir hatten oben gesehen, daß man dort die „toten GmbH." entsprechend dem § 31 Abs. 2 HGB. und § 141 FGG. löscht, indem man einfach das Erlöschen ihrer Firmen annimmt. Es soll dem Göttinger Registerrichter zugegeben werden, daß er mit der Löschung das von uns erkannte Übel praktisch richtig bekämpft, es fragt sich aber, ob sich sein Vorgehen auch rechtlich begründen läßt. Wir dürfen zwar unser Recht in der Praxis im weitesten Sinne auslegen, aber wir dürfen ihm, sollten sich auch praktisch keinerlei Bedenken dagegen erheben, doch nicht unmittelbar

zuwiderhandeln. Irgend eine rechtliche Begründung für unsere Handlungsweise müssen wir schon angeben können, wenn wir mit ihr bestehen wollen. Ist uns dieses nicht möglich, so müssen wir von ihr eben Abstand nehmen und uns — wie es Hannover gemäß seiner oben dargelegten Stellungnahme in diesem Falle auch folgerichtig tut — auf die Forderung nach dem Erlaß einer besonderen Bestimmung beschränken. Wir müssen uns immer vor Augen halten, daß um seines eigenen Ansehens willen das Recht Recht bleiben muß.

Unsere Kritik an der Göttinger Auffassung kann unter Berücksichtigung dieser Umstände nur dahin lauten: Nur wenn in dem Tatbestande, wie er bei den „toten GmbH." zutage tritt, ein Beendigungsgrund enthalten ist, läßt sich eine Löschung auf Grund der §§ 31 Abs. 2, HGB. und 141 FGG. rechtfertigen. Andernfalls muß erst eine besondere gesetzliche Regelung in dem früher schon angedeuteten Rahmen abgewartet werden.

In welcher Weise läßt sich nun ein Beendigungsgrund annehmen? Unsere Untersuchung hierüber wird zweckmäßig folgenden Weg einschlagen: Um zu erkennen, ob die „toten GmbH." noch bestehen, werden wir zunächst die Lebensbedingungen der GmbH. ganz allgemein einer eingehenden Betrachtung unterziehen. Haben wir dann diese Lebensbedingungen gefunden, so werden wir uns fragen, ob in den uns vorliegenden Fällen — d. h. also bei den „toten GmbH." — noch alle diese Lebensbedingungen gegeben sind. Stellen wir hierbei fest, daß sie noch vorhanden sind, so werden wir mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung eine Löschung ablehnen müssen, andernfalls wird die Löschung ohneweiteres nach § 31 HGB. in Vb. m. § 141 FGG. zulässig sein.

§ 4.

Die GmbH. ist juristische Person.

Wir wollen im folgenden die Grundlagen für die Existenz der GmbH. suchen. Welchen allgemeinen Rechtsnormen ist sie unterstellt? Was ist sie eigentlich für ein Gebilde? Wie uns ihr Name „Gesellschaft" besagt, haben wir sie unter die vertraglichen Personenvereinigungen zu subsumieren. Solche finden sich in unserem heutigen Recht überaus häufig. Wir leben augenblicklich in einer Zeit der höchsten Anspannung und Zusammenfassung aller Kräfte. Die wirtschaftlichen Ziele sind derart weit gesteckt, daß der einzelne ihnen oft nicht mehr gewachsen ist. Es bedarf, um sie zu verwirklichen, häufig des Zusammenschlusses einer kleineren oder größeren Anzahl von Personen, sei es, um das nötige Kapital aufzubringen oder um die über das gewöhnliche Maß hinausgehende Arbeitslast auf mehrere Schultern zu verteilen. Unsere Gesetzgebung hat sich diesen allgemeinen Bestrebungen nach Gesellschaftsbildung nicht verschlossen. Sie hat versucht, durch Ausstellung zahlreicher Gesellschaftstypen unser Wirtschaftsleben in geordneten Bahnen zu erhalten. So finden sich überall im BGB., HGB. und zahlreichen Nebengesetzen zum HGB. Vorschriften über Gesellschaftsbildung vor. Maßgebend für alle diese Anordnungen sind in letzter Linie die Bestimmungen des BGB.; auf diese können alle übrigen zurückbezogen werden, wie überhaupt das BGB. den Grundstock unseres heutigen Rechtes bildet.

Im BGB. finden wir zwei Hauptformen von vertraglichen Gesellschaftsbildungen niedergelegt: die juristische Person in der Gestaltung des rechtsfähigen Vereines und die Gesellschaft. Diese bilden den Anknüpfungspunkt

für alle anderen Personenvereinigungen. Entweder sind diese in der einen oder anderen Richtung ausgeprägt.

Zu welchem Typ gehört nun die GmbH.? Ist sie den rechtsfähigen Vereinen oder der Gesellschaft nachgebildet? Der Name GmbH. scheint auf das letztere hinweisen zu wollen, doch dürfen wir uns hierdurch nicht allein leiten lassen. Es wird allgemein anerkannt, daß der Gesetzgeber das Wort „Gesellschaft" oft an Stellen verwandt hat, wo es in Wirklichkeit nicht hingehört. Gierke [1]). So spricht er z. B. von der Aktiengesellschaft, während dieselbe ihrem Bau nach unbedingt zu den rechtsfähigen Vereinen zählt. (vgl. Lehmann-Ring; a. M.: Meurer und Affolter [2])). Wir müssen daher bei unserer Betrachtung vorsichtig sein und uns nicht durch Äußerlichkeiten zu einem vorschnellen Urteil über die Zugehörigkeit der GmbH. zum rechtsfähigen Verein oder zur Gesellschaft hinreißen lassen. Ein einwandfreies Ergebnis werden wir nur dann erhalten, wenn wir die gesetzlichen Bestimmungen über die GmbH. mit denen des rechtsfähigen Vereines und der GmbH. einem Vergleich unterwerfen.

Betrachten wir nun zunächst die Struktur der Gesellschaft. Diese ist eine vertragliche Vereinigung einer unbestimmten Anzahl von Personen zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke (§ 705 BGB.). Ihr Leben beruht auf der grundsätzlich gleichmäßigen Mitarbeit sämtlicher Gesellschafter. Diese sind in ihren Rechten und Pflichten in dem vom Gesetzgeber dargestellten Regelfalle völlig gleichgestellt. Die Geschäftsführung und Vertretung steht ihnen allen nur gemeinsam zu (§§ 709—718 BGB.). Der

1) Gen. Th. S. 437.

2) Lehmann-Ring, HGB. 1913, II. Band, S. 1; Meurer S. 99 Affolter S. 236.

einzelne Gesellschafter darf nicht wie der offene Handelsgesellschafter aus eigener Entscheidung heraus handeln, sondern muß sich immer dem Willen der Mehrheit fügen. Seine Abhängigkeit geht sogar soweit, daß er regelrecht, auch wenn er sich mit seinen Mitgesellschaftern in Übereinstimmung weiß, nichts allein unternehmen darf, sondern alle Erklärungen, die er etwa abzugeben hat, darf er nur im Verein mit diesen abgeben. Da in dieser Weise alle Gesellschafter für die Leitung der Gesellschaft verantwortlich erscheinen, so haften sie auch für die Verbindlichkeiten dieser getreu dem Satz: „Die Gefahr trägt, wer sie beherrscht," mit ihrem ganzen Vermögen. Sie haben auch mangels besonderer Vereinbarung im Zweifel alle die gleichen Beiträge zu zahlen (§ 706). Dafür können sie dann einen gleichmäßigen Anteil am Gewinn verlangen (§ 722 BGB.). Eine Aktiv- und Passivlegitimation der Gesellschaft als solche gibt es nicht. Klagen oder verklagt werden müssen immer die einzelnen Gesellschafter persönlich. Es besteht überhaupt zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern ein derart inniger Zusammenhang, daß man sich diese als etwas voneinander Verschiedenes garnicht vorstellen kann. Wenn man von der Gesellschaft spricht, so meint man damit in Wirklichkeit nicht ein von den einzelnen Gesellschaftern getrenntes Wesen, sondern faßt die Gesellschafter nur der Einfachheit halber mit einem bedeutungslosen Sammelnamen zusammen. Gesellschaft und Gesellschafter sind miteinander identisch. Aus dieser Tatsache des innigsten Zusammenhanges zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern erklärt sich auch, daß die Gesellschaft mit Tod oder Austritt eines Gesellschafters grundsätzlich ihr Ende erreicht (§ 724, § 727 BGB.).

Stellen wir diesem Rechtsgebilde nun den rechtsfähigen Verein gegenüber. Jetzt bietet sich uns ein ganz anderer Anblick dar. Zwar ist auch der rechtsfähige Verein als eine Vereinigung von Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke anzusehen, aber darüber hinaus besteht zwischen ihm und der Gesellschaft keinerlei Ähnlichkeit. So ist z. B. von einer einheitlichen Mitarbeit sämtlicher Mitglieder hier nicht die Rede, vielmehr ist die Geschäftsführung und Vertretung in die Hände eines besonderen Organs, des Vorstandes, gelegt. Die Mitglieder können nur insoweit auf das Schicksal des rechtsfähigen Vereins einwirken, als sie den Vorstand überwachen und ihn evtl. bei schlechter Amtsführung durch einen neuen ersetzen können, als sie die Bilanzen genehmigen müssen, Satzungsänderungen und Auflösung beschließen können. Da sie so der Leitung des Vereins ferngerückt sind, so ist auch die unumschränkte Haftung von ihnen genommen. Sie beherrschen ja die Gefahr nicht. Für die Verbindlichkeiten des Vereins haftet an ihrer Stelle das Vereinsvermögen. Ein weiterer Gegensatz zur Gesellschaft besteht darin, daß der Verein als solcher aktiv und passiv legitimiert ist. Es brauchen daher bei Rechtsstreitigeiten nicht erst die Namen der einzelnen Mitglieder angeführt zu werden, sondern es genügt die bloße Angabe des Vereins. Er allein kann klagen und verklagt werden. Ebenso ist ein Austritt und Tod eines seiner Mitglieder auf den Fortbestand des Vereins ohne Einfluß. Dieser erscheint vielmehr als ein von seinen Mitgliedern getrenntes Wesen; die Mitglieder haben, um überhaupt Mitgliedschaft in dem Verein erwerben zu können, ein gutes Stück ihrer Persönlichkeit an diesen abgeben müssen.

Ziehen wir nun die Bestimmungen über die GmbH. zu einem Vergleich heran, und prüfen wir, mit welcher

der oben dargestellten Personenvereinigungen diese die meiste Ähnlichkeit hat. Ist sie rechtsfähiger Verein oder Gesellschaft?

Bei einer solchen Betrachtung fällt uns zunächst der § 13 GmbHG. in die Augen; er lautet:

„Die GmbH. als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden".

Soll und kann hiermit schon der Charakter der GmbH. als der einer juristischen Person festgelegt sein? Bei der Gesellschaft gibt es ja, wie wir oben sahen, eine solche Bestimmung nicht. Bei ihr fanden wir vielmehr die einzelnen Mitglieder handelnd auftreten.

Der Entwurf zum GmbHG. hat diese Frage freigelassen. Er erklärt ausdrücklich, daß durch den § 13 GmbHG. die GmbH. noch nicht zur juristischen Person gestempelt werden solle, vielmehr möge die Wissenschaft darüber entscheiden [1]). Diese hat denn auch nicht länger gezögert. Gleich nach Erlaß des GmbHG. entbrannte ein heißer Kampf, als was diese neue Gesellschaftsform anzusehen sei. Lehmann [2]) und Cosack [3]) z. B. haben sich dahin geäußert, daß die GmbH. auf Grund der Fassung des § 13 Abs. 1 GmbH. juristische Person sein müsse. Sie berufen sich dabei auf den gleichlautenden § 210 HGB., durch den schon früher, wie heute allgemein anerkannt ist (a. A. Meurer und Affolter [4])), für die Aktiengesellschaft die juristische

---

1) Entwurf S. 58.
2) 3. Aufl. 1921, S. 388 N. 2.
3) § 235 Anf.
4) Meurer S. 99; Affolter S. 236.

Persönlichkeit festgelegt ist (vgl. z. B. Esser [1]). Ihnen ist Staub Hachenburg [2] entgegengetreten. Er bestreitet, daß der § 13 Abs. 1 GmbHG. allein schon für die Charakterisierung der GmbH. ausschlaggebend sein könne; er meint, es müßten noch weitere Momente hinzutreten, um die Rechtspersönlichkeit der GmbH. annehmen zu können. Der § 13 Abs. 1 GmbH. sei deswegen nicht als maßgebend anzuerkennen, weil er inhaltlich mit § 124 HGB., wonach auch der offenen Handelsgesellschaft gleiche Rechte wie der Aktiengesellschaft und der GmbH. zugewiesen werden, übereinstimme. Staub argumentiert damit folgendermaßen: Wenn trotz des § 124 HGB. die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, so kann nicht umgekehrt aus dem verwandten § 13 Abs. 1 GmbHG. die Rechtspersönlichkeit der GmbH. gefolgert werden.

Mir erscheint diese Argumentation Staubs als verfehlt. Er hat zwar recht, daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, aber im übrigen glaube ich ihm nicht folgen zu können. Er bringt zwei Dinge zusammen, die miteinander nichts zu tun haben. Wie weit geht nun die Übereinstimmung der §§ 124 BGB. und 13 Abs. 1 GmbHG.? Ist sie wirklich so groß, daß sie eine Folgerung wie Staub sie zieht, rechtfertigt? M. E. unterscheiden sich die beiden Paragraphen gerade in dem wesentlichsten Punkte sehr erheblich voneinander. Die offene Handelsgesellschaft kann „unter ihrer Firma", die GmbH. dagegen „als solche" Rechte und Pflichten haben, Eigentum erwerben u. s. w. Sollte diese verschiedene Ausdrucksweise nur zufällig sein und keinen bestimmten Grund haben, oder sollte sie gerade betonen wollen, daß im Gegensatz zur Aktiengesellschaft

1) § 13 Anm. 1.
3) GmbHG. 4. Aufl. Berlin 1913, § 13 Anm. 1.

und GmbH. die offene Handelsgesellschaft den Anforderungen des Handels entsprechend zwar auch eine gewisse größere Abhängigkeit von ihren Mitgliedern, aber doch noch lange nicht juristische Persönlichkeit haben sollte. Mir erscheint diese letztere Annahme nur zu sehr zuzutreffen (vgl. auch Merzbacher[1]). Wir können in dem § 124 HGB. die Worte, „die offene Handelsgesellschaft" ebenso gut mit „die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft" ersetzen. Der Sinn des Paragraphen wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Da an der Leitung der offenen Handelsgesellschaft grundsätzlich alle Gesellschafter beteiligt sind, so ist in Wirklichkeit der Ausdruck „die offene Handelsgesellschaft" mit „Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft" wesensgleich. Wenn der Gesetzgeber die Worte „offene Handelsgesellschaft" vorzog, so wollte er damit nur den geschäftlichen Verkehr erleichtern und der offenen Handelsgesellschaft eine größere Schneidigkeit verleihen. Die offene Handelsgesellschaft ist und bleibt Gesellschaft. Versuchen wir dagegen in dem § 210 HGB. und § 13 Abs. 1 GmbH. eine ähnliche Auswechslung wie in § 124 HGB. vorzunehmen, so würden wir den natürlichen Verhältnissen Gewalt antun müssen. Die Aktiengesellschaft und — wie wir gleich sehen werden — die GmbH. sind juristische Person; sie sind als solche nicht mit ihren Mitgliedern zu verwechseln (vgl. v. Bargen S. 40).

Auch Staub[2]) sieht die GmbH. als juristische Person an; er stützt sich dabei auf den § 13 Abs. 1 GmbHG. in Vb. m. § 13 Abs. 2 GmbHG., wonach für die Verbindlichkeiten der GmbH. nur das Gesellschaftsvermögen haftet, er glaubt, aus beiden Bestimmungen zusammen die juristische Persönlichkeit folgern zu können. Ist diese Annahme un-

1) S. 38.
2) a. a. O.

anfechtbar? M. E. lassen sich hiergegen berechtigte Einwendungen geltend machen. Wir können jetzt Staub mit seinen eigenen Waffen schlagen. Wie er sich vorher gegen die Folgerung der Rechtspersönlichkeit der GmbH. aus § 13 Abs. 1 GmbH. wegen § 124 HGB. sträubte, so halten wir ihm jetzt entgegen, daß dann auch der § 13 Abs. 2 GmbHG. in Vb. m. § 13 Abs. 1 GmbHG. wegen § 124 Abs. 2 HGB. nicht herangezogen werden kann, denn auch bei der offenen Handelsgesellschaft spricht der Gesetzgeber von einem besonderen Gesellschaftsvermögen; das Vorhandensein eines solchen kann also kein untrügliches Zeichen für den Bestand einer juristischen Person sein (vgl. Binder[1]). Es kann auch Gesellschaften im Sinne der BGB.-Gesellschaft mit einem besonderen Gesellschaftsvermögen geben.

Ich glaube, daß die juristische Persönlichkeit der GmbH. trotz Staub allein schon aus dem § 13 GmbHG. hervorgeht. Die hiergegen erhobene Einwendung dürfte wohl mit Erfog zurückgewiesen sein. Sollten wir uns trotzdem von § 13 GmbHG. ausschließlich noch nicht bestimmen lassen wollen, so offenbart sie sich auch aus dem ganzen Bau der GmbH. Wir sehen hier, wie bei dem rechtsfähigen Verein, daß die Mitglieder auf die Leitung der Gesellschaft nur geringen Einfluß haben (§ 46 GmbHG.). Diese liegt vielmehr in der Hand eines von den Gesellschaftern zu wählenden Geschäftsführers. Die Gesellschafter haben nur ein Aufsichtsrecht. Sie können den Geschäftsführer, wenn er sich Unregelmäßigkeiten zuschulden kommen läßt oder sonst ihr Vertrauen verliert, seines Postens entheben und einen neuen — evtl. auch aus ihrer Mitte — wählen. Im übrigen stehen ihnen un-

1) S. 116.

gefähr die gleichen Rechte wie den Mitgliedern eines rechtsfähigen Vereins zu. Sie halten Mitgliederversammlungen ab, genehmigen die Bilanzen, beschließen Auflösung, Satzungsänderungen u. s. w. Ebenso wie der rechtsfähige Verein wird die GmbH. auch nicht durch den Tod oder Austritt von Gesellschaftern in ihrem Bestande angetastet. Sie bleibt ohne Veränderungen weiter bestehen. Daß sie aktiv- und passivlegitimiert ist und daß für ihre Schulden nur das Geschäftsvermögen haftet, war oben schon ausgeführt.

Wir haben nunmehr das Ergebnis gewonnen, daß die GmbH. juristische Person ist, ein Resultat, das in der Literatur auch fast einstimmig anerkannt wird. (Staub, Crüger[1]).

Eine Ausnahme von dieser herrschenden Meinung machen nur Meurer und Affolter[2]). Sie sehen in der GmbH. ein Mittelding zwischen juristischer Person und Gesellschaft. Sie glauben darauf hinweisen zu müssen, daß die GmbH. nur nach außen hin als juristische Person erscheine, also nur „formelle" Rechtspersönlichkeit besitze. Im Innenverhältnis sei sie, da die Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen anteilsberechtigt seien und dieses in Wirklichkeit also den Gesellschaftern gehöre, nur eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht. Ich glaube nicht, daß eine solche Darstellung berechtigt ist. Ich möchte hier nur auf die m. E. zutreffenden Bemerkungen Haffs hingewiesen haben. Haff[3]) sucht Meurer und Affolter in der Weise entgegenzutreten, daß er anführt: man könne die Anteilsrechte der Gesellschaft an dem Gesellschaftsvermögen

1) Staub GmbH. 1906, § 13 II; Crüger-Crecelius § 13 1.
2) Meurer S. 99; Affolter S. 236.
3) II. Teil S. 68.

als Sonderrechte auffassen. Sonderrechte der Mitglieder seien gemäß § 35 BGB. auch beim gewöhnlichen rechtsfähigen Verein zulässig. Es liege daher bei der GmbH. gar keine schwerwiegende Abweichung vor, vielmehr sei diese als ein regelrechter, mit einigen den besonderen wirtschaftlichen Anforderungen entsprechenden Modulationen ausgestatteter rechtsfähiger Verein anzusehen.

§ 5.

Das Substrat der juristischen Person (der Korporation) besteht in einem organisierten lebenstätigen Personenverband.

Nachdem wir in den vorhergehenden Abschnitten die Stellung der GmbH. im Rechtssystem als juristische Person, und zwar als rechtsfähigen Verein, festgestellt haben, wollen wir jetzt unserer obigen Frage, welches die Grundlagen der GmbH. seien und wann ihre Beendigung anzunehmen sei, wieder näher treten. Vergegenwärtigen wir uns die Verwandschaft der GmbH. mit den rechtsfähigen Vereinen, so werden wir sagen können, daß die beiderseitigen Existenzbedingungen im allgemeinen übereinstimmen müssen. Einige Unterschiede, die sich aus der Gestaltung der GmbH. als Kapitalsgesellschaft ergeben, werden diese gleichen Voraussetzungen wohl kaum wesentlich untergraben können. Es wird daher im folgenden unsere Aufgabe sein, zunächst allgemein die Existenzbedingungen der juristischen Person, insbesondere des rechtsfähigen Vereines — der Korporation — aufzudecken, zu zeigen,wie und worauf ihre Rechtspersönlichkeit zu beziehen ist und wann allgemein eine Beendigung erfolgen muß. Prüfen wir die Kommentare und Lehrbücher des BGB. aus älterer und neuerer Zeit zu dieser Frage, so

sehen wir uns einem unübersehbaren Durcheinander gegenüber. Die mannigfachsten Theorien sind aufgestellt, um die Korporation als Träger von Rechten und Pflichten, d. h. als Rechtssubjekt zu erklären. Da bis in die heutige Zeit hinein noch keine Einigung in der Literatur stattgefunden hat, so werden wir die einzelnen Theorien, wenigstens in ihren Hauptgrundzügen, mit ihrem Dafür und Dawider einer kurzen Betrachtung unterziehen müssen.

Betrachten wir nun zunächst eine Theorie, die bei der Korporation einen natürlichen Rechtsträger leugnet, die sog. Fiktionstheorie: Als ihr Hauptbegründer in früherer Zeit dürfte Savigny anzusehen sein. Er argumentiert folgendermaßen: „Das Recht ist um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen vorhanden." [1]). Die Begriffe Person und „Mensch" fallen zusammen. Wenn man sagt: die Person ist rechtsfähig, so meint man damit, der Mensch ist rechtsfähig. Aber auch nur er als Träger einer ethischen Persönlichkeit kann rechtsfähig sein (S. 236). Andere Rechtssubjekte gibt es neben ihm von Natur aus nicht. Wenn der Gesetzgeber einer Vielheit von Menschen Rechtsfähigkeit beilegt, sie als einen Menschen behandelt, so ist daß begrifflich ein Unding, ein Konflikt zwischen Rechtslogik und Tatsachen. Der Gesetzgeber kann aber kraft seiner Allmacht, wenn er ein Bedürfnis dazu vorhanden glaubt, ungehindert eine Unlogik begehen. Wir müssen in einem solchen Fall nachgeben. Nicht das Recht beherrscht die Welt, sondern die Welt, der Verkehr schafft sich das Recht. So hat sich denn Savigny und mit ihm Windscheid [2]) mit den tatsächlichen

1) II § 60 S. 2.
2) in Binder S. 15.

Verhältnissen in der Weise abzufinden versucht, daß er meint, da kein Recht ohne Subjekt bestehen könne, so müsse im vorliegenden Falle, wo eine Vielheit von Menschen als Einheit angesehen und als Rechtsträger behandelt werde, ein Rechtssubjekt künstlich geschaffen werden. Auf keinen Fall dürften die einzelnen Mitglieder der juristischen Personen der Korporationen als die eigentlichen Träger der angeblich der Einheit zugeschriebenen Rechte und Pflichten betrachtet werden.

Savigny nimmt damit, da er nach seiner Definition „Rechtssubjekt"=Mensch=Person die juristische Person als rechtsfähiges Wesen nicht erklären kann, seine Zuflucht zur Fiktion; er sieht in der juristischen Person nichts Reales, sondern sie ist ihm lediglich ein rein abstrakt gedachtes Wesen, das naturgemäß von sich aus keine Rechtspersönlichkeit besitzen kann, dem man aber grundsätzlich eine solche wohl anzudichten vermag.

Suchen wir nun gemäß unserer obigen Fragestellung von diesem Standpunkt Savignys aus nach den Grundlagen der juristischen Persönlichkeit der Körperschaft, so finden wir diese durch das Vorhandensein einer durch korporative Verfassung zusammengehaltenen Personenvielheit bedingt. Nur auf eine solche fest geeinte Personenvielheit darf der oben dargestellte Befehl des Gesetzgebers bezogen werden. Sie allein ist der Anknüpfungspunkt, ohne den die Annahme einer besonderen Rechtspersönlichkeit undenkbar ist. Da sie somit für die Existenz der juristischen Persönlichkeit die einzige — materielle — Voraussetzung ist, so muß diese naturgemäß da verschwinden, wenn die Personenvielheit fortfällt. Haben wir diese Bedeutung des Personenverbandes richtig erkannt, so können wir jetzt sogar behaupten, daß sein Wegfall der alleinige natürliche

Beendigungsgrund der Korporation ist. Alle anderen Tatbestände, die dem Gesetze nach die Beendigung der juristischen Person mit sich bringen, wirken nicht schon durch sich selbst, vielmehr mußte ihnen diese Wirkung erst durch die Rechtsordnung ausdrücklich verliehen werden.

Diese von Savigny aufgestellte Theorie hat im Laufe der Zeit mancherlei Angriffe über sich ergehen lassen müssen. Nach Brinz ist sie unter Zustimmung von Oertmann[1]) ebenso wertlos wie ein gedachter Nagel, an den man seinen Hut hängen wolle; ein fingiertes Subjekt sei wissenschaftlich kein Subjekt. Es könne auch nicht Träger von Rechten und Pflichten sein (Schwarz[2]). v. Tuhr[3]) meint, die Fiktionstheorie verkenne augenscheinlich das Gesetz. Dieses verlange nicht, daß man die juristischen Personen „als Menschen" ansehe, sondern es gäbe ihnen nur die gleiche Stellung „wie den einzelnen Menschen"; nicht der Kreis der menschenähnlichen Wesen, sondern der der Rechtssubjekte solle erweitert werden.

Damit steht v. Tuhr auf einem gänzlich anderen Ausgangspunkt wie Savigny. Bei diesem hatten wir nur den Menschen als Rechtssubjekt gefunden; v. Tuhr scheint dagegen auch noch andere Rechtssubjekte zu kennen, die nicht Menschen sind. Es sind ihm „Wesen, die im Gegensatz zum Menschen keine körperliche Existenz haben", die aber trotzdem nicht fingiert, sondern real sind. Real ist nach v. Tuhr alles, „was in der Außenwelt wirkt und Veränderungen herbeizuführen vermag"[4]). Das Reale an den juristischen Personen sieht v. Tuhr in ihrem Willen,

1) S. 74.
2) Bd. 32, S. 12 u. 14.
3) S. 371.
4) S. 371.

denn dieser, ausgeübt durch Organe, ist dasjenige, was wirken und ändern kann.

Diese Gedankengänge, die v. Tuhr ausführt, sind vorher von Otto Gierke aufgestellt worden. Er ist entschiedener Gegner der Fiktionstheorie und behauptet, daß die juristischen Personen, insbesondere die Körperschaften reale Wesen („reale Verbandspersonen") seien. Seiner Ansicht nach liegt „dem gesellschaftlichen Körper dieselbe Lebenseinheit eines aus Teilen bestehenden Ganzen zugrunde, wie wir sie sonst nur bei natürlichen Organismen wahrnehmen" [1]). Er betrachtet die juristischen Personen also als sozialen Organismus und schafft sich somit einen Oberbegriff „Organismus" unter den er die natürlichen und künstlichen Organismen subsumieren kann. Er meint, da wir uns einen Organismus der Wirklichkeit entsprechend als etwas Tatsächliches, Lebendiges vorstellen, so müsse auch die juristische Person, insbesondere die Körperschaft, etwas Tatsächliches, Lebendiges sein, was ja auch in ihrem einheitlich sich entfaltenden Verbandswillen, der dem Einzelwillen der Mitglieder selbständig gegenübersteht, zutage trete. v. Gierke glaubt also, daß der Gesetzgeber durchaus berechtigt ist, die organisierten Personenverbände als Rechtssubjekte zu behandeln; dieser setze sich damit mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht in Widerspruch, sondern werde ihnen eher, indem er ihnen zukommen ließe was ihnen gebühre, nur gerecht [2]).

v. Gierke steht somit, indem er in der juristischen Person einen realen Träger sieht, im Gegensatz zu Savigny. Allerdings soll dieser Gegensatz nach Fischer [3]) und

1) v. Gierke in Binder S. 18.
2) v. Gierke in Binder S. 18.
3) S. 143.

Binder[1]) nicht so groß sein, wie Gierke selbst vielleicht angenommen hat. Binder meint z. B. der ganze Unterschied zwischen Savigny und Gierke bestände darin, daß der erstere sich die juristische Person nur abstrakt, der letztere aber auch konkret vorstelle. Wie dem aber auch nun sein möge, wir wollen uns nicht so tief in den Streit über die juristische Persönlichkeit einlassen und im einzelnen prüfen, ob die von Gierke oder von Savigny aufgestellte Theorie den Vorzug verdient, unsere Aufgabe geht in ganz andere Richtung. Wir wollen feststellen, welches nach den einzelnen Theorien die Grundlagen der juristischen Persönlichkeit sind, und wann allgemein eine Beendigung der juristischen Personen, insbesondere der Körperschaften anzunehmen ist.

Machen wir uns zu diesen Fragen die v. Gierke'sche Anschauung zu eigen, so erhalten wir als Ergebnis, daß der Kern der juristischen Persönlichkeit der Personenverbände in dem Vorhandensein eines sozialen Organismus begründet liegt. Nur wenn ein solcher in voller Lebenskraft besteht, läßt sich eine eigene Rechtsfähigkeit der Korporation denken; verschwindet der Organismus oder verliert er seine Lebenskraft, was sich, ohne daß die Mitglieder eine Auflösung beschließen, darin zeigen würde, daß die einheitliche Willensbildung unmöglich wird, so entfällt damit die Voraussetzung der Annahme einer selbständigen Rechtspersönlichkeit, und das ganze von v. Gierke so kunstvoll errichtete Gebäude der „realen Verbandspersönlichkeit" muß zusammenbrechen. Wir werden daher, wenn wir bei einem Tatbestande ungewiß sind, ob sein Eintritt nicht eine Beendigung der juristischen Personen,

1) S. 18.

der Verbandspersonen, zur Folge hat, uns zweckmäßig danach zu fragen haben, liegt unter den gegebenen Verhältnissen noch ein wirklicher sozialer Organismus vor oder ist dieser verschwunden. Sollten wir diese letztere Frage bejahen müssen, so hätten wir uns damit zugleich für eine Beendigung der Verbandsperson ausgesprochen, andernfalls müßten wir ein Fortbestehen derselben annehmen. Nur die Tatbestände, die einen Untergang des sozialen Organismus bewirken, dürfen als unmittelbare Beendigungsgründe anerkannt werden.

Vergleichen wir diese Folgerungen, die sich aus der Theorie v. Gierkes ergeben, mit denen, die wir bei Savigny fanden, so sehen wir uns dem gleichen Ergebnis gegenüber. Bei beiden hängt die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit von dem Dasein einer organisierten Personenvielheit ab. Fällt diese organisierte Personenvielheit fort, so hat damit die Korporation ihr Ende erreicht. Einen Vorzug der v. Gierkeschen Theorie möchte ich darin erblicken, daß diese die Anforderungen für die Annahme der juristischen Persönlichkeit schärfer umgrenzt, als es bei Savigny zum Ausdruck kam. Während letzterer nämlich nur das Vorhandensein einer organisierten Personenvielheit fordert, muß diese nach v. Gierke auch noch Leben tätigen. Wir erkennen daraus, daß ein bloß auf dem Papier stehender, nicht in Erscheinung tretender Organismus keine geeignete Grundlage für die Rechtspersönlichkeit sein kann. Es kommen nur solche sozialen Organismen in Frage, die, um mit v. Tuhr zu sprechen, in der Lage sind, „zu wirken und Veränderungen in der Außenwelt herbeizuführen".

Die oben dargestellte Betrachtungsweise von v. Gierke hat viele Anhänger gefunden. Sie kann wohl als die

heute herrschende Theorie bezeichnet werden (vgl. v. Gierke[1]). Oertmann, Matthiaß, Endemann[2]), wenn sich auch besonders in jüngster Zeit beachtenswerte Stimmen dagegen erhoben haben. So behauptet z. B. Binder[3]), was auch von Bernatzky[4]) hervorgehoben wird, v. Gierkes Ausgangspunkt, die juristischen Personen, insbesondere die Korporationen als Organismus darzustellen, sei falsch. Mensch und Korporation enthielten keine gemeinsamen Merkmale, es liege in allen nur eine gewisse Ähnlichkeit vor. Der Organismusbegriff sei den natürlichen Lebewesen entnommen; die Korporation sei aber kein solches natürliches Lebewesen; die Willensbildung, auf die sich v. Gierke stütze, sei bei den Menschen und den Korporationen grundverschieden: bei den Menschen beruhe sie auf einem psychologischen Vorgang; bei den Korporationen auf einem eigentümlichen, schwierig darzustellenden Phänomen[5]). Ähnliche Ausführungen finden sich auch bei Enneccerus und Haff. Enneccerus[6]) sagt z. B., Gierke verwechsele die bildliche Vorstellung mit der Sache selbst; die juristische Person, die Körperschaft, sei kein Organismus.

Wenden wir uns nun einer dritten, der sog. Zweckvermögenstheorie, zu, und suchen wir aus ihr eine Beantwortung unserer Fragen zu ergründen. Als ihr Hauptvertreter und Begründer dürfte Brinz in Betracht kommen. Er hat sich den gleichen Ausgangspunkt wie Savigny zu eigen gemacht, indem auch für ihn das Recht um der

---

1) in Iherings J. Bd. 35, S. 169.
2) S. 77; Matthias S. 93; Endemann S. 194 Anm. 7.
3) S. 18.
4) S. 277.
5) S. 21.
6) S. 238.

sittlichen Freiheit des Menschen willen vorhanden ist[1]); er sieht infolgedessen auch nur Menschen als Rechtssubjekte an; für ihn fällt der Begriff „Person" mit dem des Menschen zusammen[2]). Er meint, es gäbe in Wirklichkeit keine zweite Gattung von Personen. Wenn aber der Gesetzgeber trotzdem von juristischen Personen spräche, so müsse er eine falsche Bezeichnung angewandt haben; die juristischen Personen können in Wahrheit keine „Personen" sein. Sie als solche zu fingieren, sei für ihre wissenschaftliche Erkennung — wie schon oben von ihm gesagt — zwecklos Brinz glaubt daher, daß es sich bei den juristischen Personen — und hierin liegt die bedeutungsvolle Abweichung von der Fiktionstheorie — überhaupt nicht um Personen, sondern um eine besondere Art von Vermögen handele; dieses stellten wir uns, da wir als Menschen den Trieb hätten, andere Dinge als unseresgleichen Nichtmenschliches als Menschliches, Unpersönliches als Persönliches hinzustellen, als Person vor[3]). Eine Eigentümlichkeit dieses besonderen Vermögens sei, daß es nicht, wie sonst üblich, einem Menschen, sondern für einen — objektiven[4]) — Zweck gehöre. Allerdings scheine es ja, was seine Nutzungen anbeträfe, einem Personenverbande zugeschoben zu werden, aber trotzdem könne man diesen, da wir es ja als „subjektloses" Zweckvermögen erkannt hätten, nicht als Rechtssubjekt ansehen.

Diese Brinz'sche Lehre hat in der Wissenschaft große Beachtung gefunden. So hat sich z. B. Karlowa schon frühzeitig für sie eingesetzt. Er betont aber, daß als Gehör-

1) in Binder S 16.
2) Pand. 2. Aufl. II. Bd. S. 194, S. 172.
3) Pand. 2. Aufl. II. Bd. S. 194; in Binder S. 16.
4) Haff, II. Teil S. 90.

punkt eines Zweckvermögens nur ein subjektiver, d. h. menschlicher Zweck angenommen werden dürfe[1]); er will damit die Folgerung vermeiden, die Bekker[2]) gezogen hat, daß ein Zweckvermögen, z. B. auch für den Mungo errichtet werden könnte[3]).

Wir brauchen hier an dieser Stelle auf alle einzelnen Vertreter der Zweckvermögenstheorie nicht einzugehen, sondern wollen uns damit begnügen, jetzt nur noch einen ihrer bedeutendsten Anhänger aus neuerer Zeit, nämlich Schwarz, anzuführen. Schwarz hat wohl am kühnsten[4]) die Brinz'sche Lehre weitergebildet. Er sieht alle Vermögen, also auch die Personenvermögen, als Zweckvermögen an[5]). Er meint, daß die Frage, wer Subjekt eines Vermögens sei, falsch gestellt sei; man müsse fragen, welchem Zweck das Vermögen zu dienen bestimmt sei. Schwarz verwirft also den sonst üblichen Begriff des „Rechtssubjektes" ganz allgemein[6]). Der Mensch ist eben nicht Eigentümer eines Vermögens, sondern er sieht in ihm vielmehr nur ein Objekt der Rechtsfürsorge; ihm steht nur die Verwaltung eines Vermögens zu[7]). Eigentlicher Gehörpunkt desselben ist immer ein Zweck. Solcher kann sowohl vom Gesetzgeber wie auch willkürlich von dem Menschen, sei es als einzelner oder im Verein mit anderen gesetzt werden. Schwarz unterscheidet deshalb gesetzliche und willkürliche Zwecke[8]). Nach dieser Schwarz'schen Zweckvermögenstheorie erscheinen

1) S. 393.
2) Karlow S. 392.
3) in Binder S. 30.
4) Vgl. Frommhold S. 116 ff.; Enneccerus S. 239.
5) Bd. 32 S 14.
6) Bd. 32 S. 71.
7) Bd. 32 S. 81.
8) Bd. 32 S. 56.

die juristischen Personen als personifizierte Zwecke. Die Mitglieder sind nur Errichter des Korporations- oder Stiftungszweckes und nur Verwalter, nicht Subjekt des Vermögens[1]). Da die Annahme der juristischen Persönlichkeit somit durch das Vorhandensein eines Zweckes bedingt ist, so muß eine Beendigung derselben naturgemäß in dem Augenblick eintreten, in dem der ihr zugrunde liegende Zweck untergeht. Er ist das Grundelement der juristischen Person.

Vergleichen wir dieses Ergebnis mit dem, was wir bei Savigny und v. Gierke gefunden hatten, so stehen wir hier anscheinend vor durchgreifenden Unterschieden; während bisher die Grundlage der juristischen Persönlichkeit der Korporationen immer in einer organisierten Personenvielheit bestanden hatte, soll sie jetzt plötzlich auf das Vorhandensein eines Zweckes abgestellt sein; ohne einen solchen soll keine juristische Person bestehen können. Wie ist dieser Widerspruch, wie er sich hier aus der Gegenüberstellung der verschiedenen Theorien ergibt, zu erklären oder ist er in Wirklichkeit gar nicht vorhanden? M. E. läßt sich eine Lösung in folgender Weise finden: Gewiß liegt das Grundelement der juristischen Persönlichkeit in einem Zweck und wird daher der Fortfall des Zweckes eine Beendigung der juristischen Person zur Folge haben. Es ist aber zu beachten, daß bei den Korporationen der Zweck nur so lange in Aussicht genommen wird, wie Mitglieder vorhanden sind; er ist eben kein objektiver, sondern ein subjektiver Zweck, er besteht nur dann, wenn er in dem Interesse einer bestimmten Anzahl von Menschen

---

1) Bd. 32 S. 72.

einen festen Anknüpfungspunkt findet. Ohne das Vorhandensein von Menschen, deren Interessen er dienen soll, ist die Festlegung eines Zweckes nicht denkbar. Man kann daher sagen, ebenso wie die Grundlage der Korporationen in einem Zwecke beruht, so beruht die Grundlage des Zweckes auf einer organisierten Personenvielheit. Diese ist zur Konstruktion der juristischen Persönlichkeit der Korporation von ausschlaggebender Bedeutung.

Mit dieser Feststellung befinden wir uns nun aber wieder mit Savigny und v. Gierke in Übereinstimmung. Die ganze obige anscheinend so tiefgehende Differenz ist verschwunden. Der Untergang der organisierten Personenverbindung hat die Beendigung der Korporation zur Folge. Bestehen irgendwie über die Existenz einer Korporation Zweifel, so brauchen wir — sollte das Gesetz den Tatbestand nicht geregelt haben — auch als Anhänger der Zweckvermögenstheorie nur zu prüfen, ob noch eine Personenorganisation vorhanden ist; können wir eine solche nicht mehr annehmen, so ist damit die Beendigung der Korporation nachgewiesen.

Die Zweckvermögenstheorie hat das gleiche Schicksal wie die schon oben angestellte Fiktions- und Organtheorie gehabt. Man hat ihr zwar wegen der logischen Durchführung ihrer Ideen eine gewisse Berechtigung niemals abzusprechen versucht. Doch hat man sie — ob zu Recht oder zu Unrecht, steht hier nicht zur Entscheidung — als mit der heutigen Rechtsordnung unvereinbar zurückgewiesen. (Vgl. v. Tuhr, Enneccerus, Frommhold, Oertmann[1]). Man kann sich zur Annahme subjektloser Rechte nicht entschließen.

1) v. Tuhr S. 375; Enneccerus S. 239; Frommhold S. 120; Oertmann S. 71; Vgl. auch Binder S. 16.

Wir haben bisher Vertreter der Fiktions-, Organ- und Zweckvermögenstheorie einander gegenübergestellt. Damit ist aber der Kreis der Lehrmeinungen über die juristischen Personen, insbesondere die Körperschaften noch nicht erschöpft, vielmehr sind bis in die neuste Zeit hinein immer wieder neue Erklärungen, (z. B. Haff) abgegeben worden. Betrachten wir den schon oben mehrfach erwähnten Binder. Er ist Gegner aller bisher dargestellten Theorien[1]). Er sucht die Frage nach dem Wesen der juristischen Persönlichkeit dadurch zu ergründen, daß er nicht, wie Savigny und v. Gierke, von vorneherein nach einem bestimmten Rechtssubjekt sucht, sondern daß er zunächst klarstellt, was überhaupt „Rechtssubjekt" sein bedeutet. Er untersucht zunächst also den Begriff des subjektiven Rechtes, ehe er sich in eine Einzelbetrachtung über die juristischen Personen einläßt[2]). Erst nachdem er gefunden hat, was „Rechtssubjekt sein" bedeutet, prüft er, wer Rechtssubjekt, ob die juristische Person Rechtssubjekt sein kann[3]).

Diese vor langer Zeit nur von Schuppe (vgl. Haff[4])) aufgeworfene, aber später wieder in Vergessenheit geratene Fragestellung Binders wird in der neuen Literatur, z. B. Schwarz und Haff[5]) sehr begrüßt. Es wird allgemein anerkannt, daß man auf diese Weise dem Problem der juristischen Persönlichkeit um ein erhebliches Stück näher gekommen sei.

Gehen wir nun auf Binders Betrachtungen näher ein. Nach ihm darf unter Rechtssubjekt kein Ding ver-

---

1) S. 13, 17, 20.
2) S. 46.
3) S. 32.
4) Haff, II. Teil S. 40.
5) Schwarz Bd. 35 S. 47; Haff, II. Teil S. 40.

ſtanden werden[1]). Ihm iſt das Rechtsſubjekt nicht etwas körperlich oder ſinnlich Wahrnehmbares, wie wir es bei Savigny und v. Gierke fanden, ſondern zunächſt nur ein Begriff. Seiner Anſicht nach hat es die Rechtsordnung niemals mit Dingen, ſondern immer nur mit Begriffen zu tun. „Dinge als ſolche intereſſieren das Recht nicht; alles, was rechtlich von Bedeutung iſt, beſteht in der Beziehung von Menſch zu Menſch oder zu den Rechtsobjekten[2])". Für Binder bedeutet daher „Rechtsſubjekt ſein": in den durch die Rechtsordnung gegebenen Beziehungen ſtehen, die wir ein ſubjektives Recht nennen"[3]). Ihm iſt die Rechtsſubjektivität lediglich eine Beziehungsmöglichkeit. Das ſubjektive Recht faßt er nur als eine von der Rechtsordnung verliehene Macht zum Handeln auf[4]). Er kann deshalb als Rechtsſubjekt alles anerkennen, was eine ſolche Macht hat[5]) oder was, genauer geſagt, da Machtausübung einen Willen vorausſetzt, Willen hat. Konkret erſcheinen ihm nun als Machtausübende zunächſt der einzelne Menſch, dann aber auch eine Mehrheit von Menſchen[6]). Auch ſie können gemeinſchaftlich und einheitlich den Inhalt eines ſubjektiven Rechtes ausüben und damit Perſon ſein[7]). Erforderlich iſt nur, daß die Mehrheit von Menſchen einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für die Beziehungen darſtellt, die wir ein ſubjektives Recht nennen. Binder braucht alſo nicht wie v. Gierke die Korporation als eine von ihren Mitgliedern verſchiedene, reale

1) S. 32, S. 33.
2) S. 48/49.
3) S. 49.
4) S. 38.
5) S. 73.
6) S. 75.
7) S. 73.

Gesamtperson aufzufassen[1]), sondern ihm genügt es, wenn er sich auf die einzelnen Mitglieder in ihrer einheitlichen Zusammenfassung subjektive Rechte bezogen denken kann.

Vergleichen wir diese Bindersche Theorie mit den oben dargestellten Theorien von Savigny, v. Gierke und Schwarz, so finden wir auch hier wieder als Substrat der juristischen Personen eine Personenvereinigung. Ohne ihr Vorhandensein ist die Annahme einer juristischen Person nicht denkbar. Mit ihr steht und fällt die bei den verschiedenen Autoren jeweils verschiedene Konstruktion der juristischen Persönlichkeit, mag man sie nun von einer Fiktion oder einem realen Organismus oder einer rein gedanklichen Zusammenfassung abgeleitet wissen. Nach Binder muß eine Korporation dann als beendet betrachtet werden, wenn die sie bildenden Personen nicht mehr einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte darstellen. Dies wird meist dann der Fall sein, wenn der Personenverband aufgelöst wird; es läßt sich aber auch unter Umständen, wie wir es auch schon bei der Organtheorie sahen, auch schon dann annehmen, wenn der Personenverband tatsächlich so weit gelockert ist, so daß die Annahme eines einheitlichen Anknüpfungspunktes eine bloße Fiktion bedeuten würde.

Die Bindersche Theorie ist nicht unbestritten geblieben. Sie findet vor allen Dingen in ihrem Ausgangspunkt bezüglich der Definition des subjektiven Rechts ihre schärfsten Gegner. Wenn Binder das subjektive Recht als eine Macht, als ein Handelnkönnen bezeichnet hat, so halten ihm seine Gegner vor, daß er bei einer logischen Verfolgung seiner These die unmündigen Kinder, Geisteskranken und Schla-

1) S. 107.

fenden nicht als Rechtssubjekte auffassen dürfte, da sie des Willens entbehrten. Es sei ein Unding, diese als willensfähig zu behandeln, wo doch die Tatsachen offensichtlich dagegen sprächen.

In der Tat scheint hier ein schwacher Punkt der Binderschen Ausführungen vorzuliegen. Verschiedene Autoren vor Binder, die gleichfalls unter subjektivem Recht eine Willensmacht verstehen, haben sich durch diese Einwendung dazu verleiten lassen, daß sie bei den Minderjährigen usw. einen Willen in potentia annehmen (vgl. Haff[1]). Sie trösten sich also damit, daß der Zustand der Willensunfähigkeit nur vorübergehend sei, indem die Geschäftsunfähigen bald willensfähig würden. Bezüglich der dauernd Geschäftsunfähigen müssen sie allerdings, um diesen Zustand als vorübergehend ansehen zu können, zur Fiktion greifen.

In einer ganz anderen Weise hat sich Hölder, der gleichfalls unter subjektivem Recht eine Willensmacht versteht, mit der obigen Einwendung abgefunden. Er gibt seinen Gegnern zu, daß nach seiner Definition Unmündige usw. keine Rechtssubjekte sein könnten[2]). Er faßt die Güter, die an sich den Unmündigen zukommen, als in Amtsrecht ihrer Vertreter befindlich auf; Unmündige sollen überhaupt noch kein Privatrecht besitzen[3]).

Ob mit dieser Hölderschen Lehre nun die reine Wahrheit entdeckt ist, steht für uns nicht zu Entscheidung. Wir wollen nur noch kurz darauf eingehen, ob denn die Einwendung, die man gegen die Vertreter der Willenstheorie gemacht hat, zu Recht besteht. Von gegnerischer Seite wird

---

1) Bd. II, S. 17 und 30.
2) S. 123, 133.
3) S. 119, 120, 128.

betont, daß die Definition des subjektiven Rechtes von einer ganz anderen Seite zu erfolgen habe. Das Willensmoment müsse, da ja auch Willensunfähige Rechte hätten, ganz ausgeschaltet werden; an seine Stelle habe vielmehr die Interessenbefriedigung zu treten; Rechte seien „rechtlich geschützte Interessen[1])". Auf diesem Standpunkt finden wir Ihering, Schwarz, Dernburg, Karlowa, in gewisser Weise auch Bernatzki — letzter will aber die Willensmacht nicht ganz ausgeschaltet wissen — und viele andere. Siehe Literatur bei Bernatzki[2]).

Eine Auseinandersetzung zwischen beiden Theorien findet sich bei Binder. Binder wirft dort m. E. nicht zu Unrecht den Anhängern der Interessenthcorie vor, daß sie das Interesse, das durch das Recht befriedigt werden solle, und die Mittel zur Durchführung dieses — die Klage — mit dem Recht selbst (dem Mittel zur Interessenbefriedigung) verwechselten[3]).

Welchen Standpunkt sollen wir in dem Streit der Meinungen hier einnehmen? Dürfen wir Binders Definitionen vom subjektiven Recht uns zu eigen machen oder ist das subjektive Recht auch von ihm nicht richtig erkannt worden? Diese Frage dürfen wir dann bejahen, wenn Binder die ihm vorgeworfene oben erwähnte Einwendung — Minderjährige und Geisteskranke hätten keinen Willen — widerlegen kann. Er hat sich in folgender Weise zu verteidigen versucht, daß er zugibt, daß die Geschäftsunfähigen nicht in gleicher Weise willensfähig wie die Geschäftsfähigen seien, sie könnten aber trotzdem Macht ausüben; sie könnten sich z. B. Sachen aneignen, also Aneignungs-

1) in Binder S. 24.
2) S. 203.
3) Binder S. 37.

rechte ausüben. Auch könnten sie ihre eigenen Sachen gebrauchen. Wer wolle bestreiten, daß das Aneignungsrecht kein subjektives Recht sei [1])? Die Geschäftsunfähigen müßten also, obwohl sie nicht das gleiche Maß von Willensfähigkeit besäßen, dennoch als Träger von subjektiven Rechten, d. h. als Rechtssubjekte, anerkannt werden. Die Rechtsfähigkeit sei in gewissem Sinne der Rechtsausübungsfähigkeit, der Handlungsfähigkeit, verwandt [2]). (Ähnlich auch Hölder [3])).

Um nun auch die juristische Person in den Kreis der Rechtssubjekte miteinbeziehen zu können, stellt Binder einen eigenartigen Begriff des Wollens und Handelns auf. Er meint, Kriterium eines Rechtssubjektes sei nicht psychologischer Wille, sondern es werde vielmehr nur ein tatsächlicher Wille verlangt [4]). Das subjektive Recht sei eine Willensmacht in einem ganz anderen als in psychologischem Sinne [5]). So gewiß im psychologischen Sinne nur ein Wollen und Handeln des Individuums denkbar sei, so gewiß sei im juristischen Sinne ein anderes, diesem gleichwertiges Wollen und Handeln einer Mehrheit von Menschen denkbar [6]). Während bei den einzelnen Menschen das juristische Handeln mit dem psychologischen Handeln zusammenfalle, sei das juristische Handeln einer Personenmehrheit ein viel komplizierteres Phänomen [7]).

Ist diese Unterscheidung zwischen tatsächlichem und psychologischem Wollen möglich, wenn man von dem Stand-

1) S. 55.
2) S. 57.
3) S. 111 u. Hölder.
4) S. 54.
5) S. 44.
6) S. 44.
7) S. 43.

punkt Binders aus die juristische Person als Rechtssubjekt betrachten will? Diese Frage finden wir in neuester Zeit von Haff behandelt. Haff[1]) vertritt in gleicher Weise wie Binder den Gedanken, daß das subjektive Recht eine Willensmacht bedeute. Daher hat auch er ebenso wie Binder sich mit der Einwendung seiner Gegner, daß dann auf Willensunfähige keine subjektiven Rechte bezogen werden könnten, beschäftigen müssen. Er hat in ähnlicher Weise wie Binder den Nachweis zu führen gesucht, daß diese dennoch als Rechtssubjekte angesehen werden dürfen. Er führt dazu aus: Man müsse den Willen in Zweckwillen und Triebwillen scheiden. Zweckwillen hätte allerdings nur ein verständiger Mensch. Triebwillen — Lebenswillen — fände sich aber auch bei Geschäftsunfähigen vor[2]). Das subjektive Recht als eine Willensmacht verlange nicht unbedingt einen Zweckwillen, sondern begnüge sich auch schon mit einem Triebwillen. Während Haff bis hierher sich in ungefähr den gleichen Bahnen wie Binder sich bewegt, tritt er nun, wo es gilt, von der gemeinsamen Grundlage aus die juristische Person als Rechtssubjekt uns verständlich zu machen, in Gegensatz zu ihm. Er erklärt, die Teilung des Willens in psychologischen und tatsächlichen Willen nicht begreifen zu können[3]). Seiner Ansicht nach liegt jedem Rechtssubjekt ein psychologisches und kein rein juristisches Wollen zugrunde[4]). Beim einzelnen Menschen können ja — das hat auch Binder schon früher betont — keine Zweifel darüber aufkommen; seine Willensbildung

1) II. S. 35.
2) II. S. 16 und 18.
3) II. S. 41.
4) II. S. 41.

ist psychologischen Ursprunges. Fraglich ist nur, ob auch der Wille der juristischen Personen als psychologischer dargestellt werden kann. Haff nimmt dies an[1]). Er gibt Binder zu, daß die juristische Person, die Korporation als solche, gewiß nicht wie der Einzelmensch willensfähig sei, sie sei aber wohl wirkungsfähig[2]); er betont, daß die in ihr enthaltene Personenmehrheit sehr wohl eines psychologischen Willens fähig sei; der Wille der Korporationen setze sich aus dem psychologischeu Willen einzelner bedeutender Mitglieder zusammen[3]), er sei sowohl quantitativ als auch qualitativ etwas anderes als die Summe der Einzelwillen[4]), habe aber in diesem immerhin eine psychologische Grundlage.

Von dieser eigenartigen Darstellung des Gesamtwillens aus hat sich Haff eine besondere Körperschaftsauffassung gebildet. Er ist, wie v. Gierke, Anhänger der Realitätstheorie[5]). Er sieht in der juristischen Person etwas Reales, etwas Wirkendes. Allerdings vermag er nicht, wie v. Gierke, die Korporation als Rechtssubjekt eine „reale Gesamtperson" zu nennen[6]). Das Rechtssubjekt ist für ihn — wie bei Binder — kein Ding, sondern nur ein Begriff, der auf eine einheitliche Willensgröße bezogen werden kann. Real ist für Haff lediglich der Zusammenhang unter den Mitgliedern, der sich eben in dem Gesamtwillen äußert, und der Befehl des Gesetzgebers, nachdem diese relativ einheitliche Willensgröße von dem

---

1) II. S. 53.
2) I. Teil S. 2.
3) I. 23.
4) II. S. 110.
5) II. S. 110.
6) II. S. 113.

Willen der einzelnen Mitglieder getrennt, als besonderes Rechtssubjekt behandelt werden soll[1]).

Folgen wir diesen Gedankengängen Haffs, so muß eine Beendigung der Korporation als Rechtssubjekt notwendig dann eintreten, wenn der reale Gesamtwille, auf den die Rechtssubjektivität bezogen wird, nicht mehr gebildet werden kann. Dies wird in dem Augenblick eintreten, in dem der Zusammenhang unter den einzelnen Mitgliedern verloren geht. Damit sind wir aber wieder zu dem gleichen Ergebnis gekommen, welches wir oben auch bei Savigny, v. Gierke, Schwarz und Binder gefunden hatten: das Substrat einer Korporation ist eine organisierte Personenmehrheit.

§ 6.

Juristische Personen ohne einen Personenverband sind umstrittene Ausnahmen.

In dem vorigen Abschnitte haben wir uns mit dem Wesen der juristischen Persönlichkeit der Korporationen näher befaßt. Wir waren dazu durch die Frage, wann wohl grundsätzlich eine Beendigung der Korporationen eintreten müsse, veranlaßt worden.

Vergegenwärtigen wir uns nun nochmals unsere obigen Feststellungen, so sehen wir, daß die Korporation als juristische Person, wie wir sie auch immer erklären mögen, nicht ohne eine in bestimmtem Zusammenhange stehende Personenmehrheit existieren kann. Diese ist das unabänderliche Substrat jeder juristischen Person in der Gestaltung der Korporation. Ihr Fortfall — mag er nun auf einem Beschluß der Mitglieder oder auf einem anderen Umstande — z. B. dem Tod sämtlicher Mitglieder

1) II. S. 115.

oder Ablauf der Zeit beruhen — hat mit Notwendigkeit die Beendigung der Korporation zur Folge. Haben wir diese Bedeutung der Personenmehrheit als Anknüpfungspunkt für die Rechtssubjektivität oder nach anderer Ansicht Rechtssubjektqualität richtig erkannt, so können wir weiterhin behaupten, daß aber auch nur solche Tatbestände, die einen Fortfall der Personenmehrheit zur Folge haben, als unmittelbare natürliche Beendigungsgründe in Frage kommen können. Sämtliche anderen Gründe — z. B. Konkurs — sind an sich keine Beendigungsgründe. Die Korporation könnte bei ihrem Eintritt eigentlich wie vorher bestehen bleiben. Daß sie aber trotzdem der Auflösung anheimfällt, beruht erst auf einem ausdrücklichen Befehl der Rechtsordnung.

An dem hier gewonnenen Ergebnis darf uns aber nun eine merkwürdige Tatsache, die an sich geeignet wäre, unsere ganzen Gedankengänge umzustürzen, nicht irreführen. Wir sehen, wie häufig juristische Personen nur mit einem Mitgliede, also ohne Personenmehrheit existieren. Praktisch wird diese Erscheinung besonders oft bei den „GmbH". Nach Fränkel war sie im Jahre 1905 z. B. in Berlin bei 10,2 %[1]) aller dort bestehenden GmbH. eingetreten. Sie kommt meist in folgender Weise zustande: Zunächst wird dem Gesetz entsprechend eine GmbH. mit mindestens zwei Mitgliedern gegründet. Später scheiden alle Mitglieder bis auf eins aus. Dieses eine übernimmt alle Geschäftsanteile der ausgeschiedenen Mitglieder, wird damit alleiniger Inhaber des Geschäftes und führt dieses unter der alten Firma als GmbH. weiter. Ist dieses Verfahren nach unseren obigen Betrachtungen rechtlich

1) S. 149.

zulässig? Anscheinend doch wohl nicht. In der Tat haben sich eine ganze Reihe von Autoren, unter diesen z. B. v. Gierke und Neukamp[1]), in klarer und logischer Weise in einem solchen Falle für eine Beendigung der GmbH. ausgesprochen. Sie gehen davon aus, daß es bei dem vorliegenden Tatbestande der GmbH. an dem zu ihrer Existenz notwendigen Personensubstrat fehle, eine Behauptung, die nach unseren obigen Darstellungen nur zu sehr berechtigt ist.

Wie läßt es sich nun aber erklären, daß die herrschende Meinung hier anscheinend einen logischen Fehler begeht, indem sie derartige juristische Personen weiterleben läßt? Sie muß doch irgend welche rechtlichen Gründe für ihre Stellungnahme haben, denn allein von praktischen Gesichtspunkten aus läßt sich einer derart wichtigen Frage doch nicht beikommen? Stellen wir zunächst mit Staub[2]) fest, daß die Zulassung der Einhand-GmbH. durch das Bedürfnis, die Haftung auch für ein Einzelunternehmen auf eine bestimmte Summe zu beschränken, veranlaßt worden ist. Da unsere heutige Rechtsordnung aber den Einzelunternehmer grundsätzlich dem Gefahrtragungsgedanken entsprechend unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen haften läßt, so konnte dieses Ziel nur durch die Gründung einer GmbH. und durch den baldigen Austritt aller Mitglieder bis auf das eine, das das Geschäft in der Gestaltung der GmbH. — also mit beschränkter Haftung — weiter betreiben will, erreicht werden. Allerdings ergeben sich hier dann die Schwierigkeiten, daß an sich eine GmbH. als juristische Person nicht ohne Personenmehrheit existieren kann.

1) Gierke, Dtsch. Priv. R. I S. 559; Neukamp § 60.
2) GmbH. 1913 § 60 Anm. 24.

Dies ist auch von der herrschenden Lehre sehr wohl erkannt worden (vgl. Reichstagsberichte[1]). Man glaubt den bestehenden Bedenken aber in folgender Weise aus dem Wege gehen zu können, daß man behauptet, ausnahmsweise könne auch mal auf eine Personenmehrheit verzichtet werden; es müßten nur noch die Nachwirkungen einer solchen vorhanden sein. So sagt z. B. das Reichsgericht, das Recht und Damköhler[2]), daß der alleinige Gesellschafter in Wahrheit ja trotz des Ausscheidens der übrigen Gesellschafter in seiner Handlungsfreiheit nicht unbehindert dastehe, da er ja noch an die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gebunden sei und, falls er ihnen zuwiderhandeln wolle, erst auf formellem Wege ihre Abänderung herbeiführen müsse. Lehmann[3]) tröstet sich damit, daß er sagt, der letzte Gesellschafter brauche ja nicht andauernd einziger Gesellschafter zu bleiben. Er könnte ja jederzeit wieder Mitglieder neu ins Geschäft aufnehmen und so eine Personenvereinigung wieder herstellen. Die gleiche Ansicht finden wir von Crüger-Crecelius[4]) vertreten. Auch er sieht in der Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand keinen Beendigungsgrund, weil ja der übrig gebliebene Gesellschafter durch eine Veräußerung von Anteilen jederzeit die Möglichkeit habe, die Personenvereinigung wieder neu erstehen zu lassen.

Eine solche Ansicht, wonach die juristische Person zeitweilig entgegen ihren Lebensbedingungen existieren kann, erscheint sehr zweifelhaft (vgl. auch v. Bargen[5]). Wir

---

1) S. 3726.
2) RG in JW. X S. 343; Recht 1900 S. 286; Damköhler S. 47.
3) Lehrb. des HR. 3. Aufl. 1921 Bd. I. S. 388.
4) § 2 Anm. 2.
5) S. 45.

wollen hier dem Streit nicht weiter nachgehen, sondern uns mit der Feststellung begnügen, daß auch die herrschende Lehre, wenn sie eine juristische Person mit nur einem Mitglied zuläßt, mit ihrer Begründung und insbesondere ihren Folgerungen nicht ganz zufrieden ist. So äußert sich Staub, den wir als Anhänger der Einhandgesellschaft mit beschränkter Haftung kennen gelernt hatten, daß die Zulassung der GmbH. mit nur einem Mitglied als Form für die Beschränkung der Haftung auch des einzelnen die Anordnung der Beschränkbarkeit der Haftung des Einzelkaufmannes wohl oder übel nach sich ziehen müsse, eine Konsequenz, die mit unseren bisher üblichen Anschauungen über Gefahrtragung und Haftung sehr im Widerspruch steht. Angesichts solcher Stimmen, selbst von seiten der Vertreter der one man-compagny dürfen wir an unserem oben gewonnenen Ergebnis: keine Korporation ohne Personenmehrheit in uneingeschränktem Maße festhalten.

Bevor wir nun auf unsere Kernfrage kommen, ob bei uns noch eine Personenmehrheit besteht, muß noch kurz auf die Personenmehrheit selbst eingegangen werden. Es besteht hier, was ihre Größe anbetrifft, theoretisch nach v. Bargen je nach der Lehre v. Gierkes und Binders eine kleine Differenzierung. v. Gierke nimmt als Voraussetzung der juristischen Persönlichkeit einen Organismus, Binder eine Personenmehrheit an. Daraus ergibt sich nach v. Bargen, daß v. Gierke als Grundlage einer Korporation eigentlich nur einen größeren Personenverband [1]), Binder dagegen auch einen kleineren Personenverband annehmen kann. Theoretisch ist m. E. hier v. Bargen [2]) zu-

1) v. Gierke, GenTh. u. Dtsche. Rspr. S. 839,
2) S. 55.

zustimmen, praktisch können sich jedoch hieraus für uns keine Folgerungen ergeben, da ja v. Gierke selbst[1]) erklärt hat, daß erst, wenn nur noch ein Mitglied vorhanden sei, die GmbH. aufgelöst werden soll. Wir dürfen also das Wort „Organismus" nicht in allerstrengstem Sinne auffassen, sondern müssen ihm nach dieser Seite hin eine etwas mildere Deutung geben.

§ 7.

Vorhandensein realen Vermögens ist keine Existenzbedingung der GmbH.

Nachdem wir in dem vorhergehenden Paragraphen den Nachweis geführt haben, daß die juristische Persönlichkeit der Korporation durch das Dasein einer Personenmehrheit bedingt ist, können wir jetzt, da ja die GmbH. Korporation ist, und somit auf den gleichen Grundlagen aufgebaut ist wie diese, die daraus entspringende Frage, ob bei uns noch ein Personenverband vorliegt, in Angriff nehmen. Wir könnten argumentieren, wenn das Vorhandensein einer Personenmehrheit für den Bestand einer GmbH. von so ausschlaggebender Bedeutung ist, so muß diese mit ihrem Untergang der Beendigung anheimfallen. Wir brauchen daher, um die Existenz oder Nichtexistenz der GmbH. festzustellen, nur zu untersuchen, ob noch eine erforderliche Personenmehrheit vorliegt. Sollte sich ergeben, daß diese verschwunden ist, so wäre damit auch unsere GmbH. beendet; es fehlt ihr in diesem Falle dann an dem zu ihrer Existenz erforderlichen Substrat. Eine derartige Untersuchung wird uns voraussichtlich nicht erspart bleiben können. Sie jetzt schon anzustellen, dürfte m. E. unangebracht sein. Bei dem jetzigen Stand

1) Dtsch. Priv. R. Bd. I S. 559.

unserer Untersuchungen würden wir nämlich, wenn sich herausstellte, daß die Personenmehrheit noch besteht, die nicht unbedenkliche Folgerung ziehen müssen, daß die GmbH. mangels eines vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordneten Auflösungsbefehls noch existiert. Wir dürfen aber nicht vergessen, daß die GmbH. kein reiner rechtsfähiger Verein im Sinne des BGB., sondern vielmehr eine für den Handelsverkehr besonders gestaltete juristische Person mit ihr eigenartigen Modulationen ist. Sie weicht von dem reinen rechtsfähigen Verein in vielen Punkten, besonders was die Entstehung anbelangt, erheblich ab. Es ist nicht ausgeschlossen, das sie nebenher noch auf anderen Grundlagen, wie der reine rechtsfähige Verein, aufgebaut ist und daß bei ihr infolgedessen noch andere unmittelbare Beendigungsgründe in Frage kommen. Wir würden unter Umständen, wenn wir nur den Fortfall der Personenmehrheit als natürlichen Beendigungsgrund annehmen, zu einem ganz falschen Ergebnis kommen. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Personenverband zunächst noch vorhanden ist, daß die GmbH. aber aus anderen, ihrer besonderen Eigenart entspringenden, von uns übersehenen Gründen beendet wird. Wir werden im folgenden daher zweckmäßig zu prüfen haben, ob das Vorhandensein einer Personenvielheit die einzige Existenzvoraussetzung der GmbH. ist oder ob diese noch anderer Faktoren bedarf.

Worin könnten solche anderen Faktoren wohl bestehen und wie finden wir sie? M. E. dürfte es hier wohl angebracht sein, wenn wir die gesetzlichen Bestimmungen über den rechtsfähigen Verein und die GmbH. einem Vergleich unterziehen; auf diese Weise läßt sich am ehesten feststellen, ob und welche Unterschiede in der gesetzlichen Normierung zwischen ihnen bestehen; ebenfalls muß sich hieraus ergeben, bis zu welchem Grade diese andere Regelung

auf den Bestand der GmbH. Einfluß haben soll oder nicht. Es ist sehr wohl denkbar, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des GmbHG. nur für die Entstehung dieser besondere von dem rechtsfähigen Verein abweichende Normen aufstellen, im übrigen aber die GmbH. denselben Lebensbedingungen unterwerfen wollte; es läßt sich aber auch ebensogut annehmen, daß er die Grundlagen, auf denen die GmbH. ruht, im Vergleich zu denen des rechtsfähigen Vereins überhaupt erweitert wissen wollte.

Prüfen wir nun, inwiefern die Bestimmungen über die GmbH. und den rechtsfähigenVerein sich grundlegend unterscheiden oder entsprechend geregelt sind. Was zunächst die Geschäftsführung und Vertretung der beiden anbetrifft, so sind hier keine wesentlichen Abweichungen zu entdecken. Der § 53 GmbHG., wonach der Geschäftsführer außer durch die Mitgliederversammlung auch noch durch einen Aufsichtsrat überwacht werden kann, ist in unserem Zusammenhange bedeutungslos. In gleicher Weise ist auch in den Auflösungsabschnitten keine Abweichung zu finden. Diese Materien sind in ihren Grundzügen fast durchaus gleichmäßig behandelt; sie scheiden deshalb für unseren Vergleich völlig aus. Anders wird es jedoch, wenn die Paragraphen über die Errichtung der GmbH. und des rechtsfähigen Vereins und über die Rechtsverhältnisse zwischen der GmbH. (rechtsfähigen Verein) und den Gesellschaftern (Mitgliedern) einander gegenübergestellt werden. Hier erscheint uns die GmbH. durchaus anders geregelt zu sein als der reine rechtsfähige Verein. Was zunächst die Gründung anbetrifft, so finden wir hier bei beiden zwar gleichmäßig die Feststellung eines Gesellschaftsvertrages bezw. einer Satzung erforderlich, (§§ 3 Ziff. 2 GmbHG. und 57 BGB.); gehen wir aber dem Inhalt dieser Ver-

einbarungen näher auf den Grund, so finden wir doch einen wesentlichen Unterschied zwischen ihnen, insofern die Satzung des rechtsfähigen Vereines nur den Namen, Zweck und Sitz desselben angeben muß, der Gesellschaftsvertrag der GmbH. aber außerdem noch Aufklärungen über die Höhe des Stammkapitales und über den Betrag der von jedem Gesellschafter auf dieses zu leistenden Einlage zu enthalten hat (§ 3 Ziff. 3/4 GmbH.). Hier scheint also ein ganz neues, dem rechtsfähigen Verein unbekanntes Moment hinzuzutreten: die GmbH. scheint nur mit einem Vermögen ins Leben treten zu können; ist ein gewisser Grundstock am Vermögen nicht vorhanden, so darf der Registerrichter die GmbH. nicht eintragen. Ein weiteres Studium der Bestimmungen des GmbHG. zeigt die Richtigkeit dieser Vermutung in vollem Umfange. Es ist in der Tat so, daß die GmbH. ohne das Vorhandensein eines gewissen Stammkapitales nicht begründet werden kann. So besagt z. B. der § 8 Abs. 2 GmbHG., daß die GmbH. erst dann zur Eintragung — und damit zur Entstehung (§ 12 GmbHG.) — angemeldet werden darf, wenn mindestens $^1/_4$ in der Satzung angegebenen Stammkapitales angezeigt sei und zur freien Verfügung des Gesellschafters stände. Weiter lesen wir in dem § 9 GmbHG., daß die Anmeldenden für die Richtigkeit ihrer Angaben über die Einzahlung des Stammkapitales solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen haften.

Danach läuft also das Bestreben des Gesetzgebers tatsächlich darauf hinaus, daß vor Entstehung der GmbH. schon Vermögensgegenstände vorhanden sein müssen, die dieser, sowie sie ins Leben tritt, als uneingeschränktes Eigentum angehören können. Ist dieses Erfordernis nicht erfüllt, so hat der Registerrichter die Anmeldung der

GmbH. als unzulässig zurückzuweisen. Wir können damit sagen, daß die Entstehungsvoraussetzungen dieser strenger geregelt sind als die bei dem rechtsfähigen Verein; dieser kann auch ohne Vermögen gegründet werden.

Unser bisher gewonnenes Ergebnis hat für die „toten GmbH." wenig Bedeutung. Es nützt uns nichts, wenn wir feststellen, welches die Bedingungen für die Errichtung einer GmbH. sind, wir müssen vielmehr wissen, welches ihre Lebensbedingungen nach der Entstehung sind. Daß unsere „toten GmbH." in vorschriftsmäßiger Weise gegründet sind und fehlerfrei ins Leben getreten sind, dürfen wir nicht bezweifeln; sie haben ja meist längere Zeit hindurch schon Geschäfte betrieben. Uns kommt es daher jetzt nur darauf an, festzustellen, ob sie noch am Leben sind. Wir müssen infolgedessen untersuchen, ob die GmbH. ganz allgemein auch zu ihrem Fortbestehen nach der Gründung noch Vermögen nötig hat, ob das sachliche Substrat, das wir neben dem persönlichen als zur Errichtung notwendig gefunden hatten, auch späterhin noch erforderlich ist oder nicht. Sollte sich herausstellen, daß sein Verschwinden die Beendigung der GmbG. zur Folge hat, so wäre unser Problem, ob eine „tote GmbH. noch als bestehend angesehen werden darf, in einfachster Weise gelöst. Wir hatten ja zu Anfang dieser Abhandlung gesagt, daß sie kein Vermögen mehr besäßen. Wir brauchten dann nur noch zu sagen: da keine GmbH. ohne Vermögen existieren kann, so ist die „tote GmbH." wegen offensichtlichen Mangels jeglichen Vermögens als beendigt zu betrachten. Sie kann daher gemäß § 31 Abs. 2 HGB. und § 141 FGG. im Register gelöscht werden.

Prüfen wir nun, ob wir zu einer solchen Argumentation berechtigt sind! Das GmbHG. hat eine ganze

Reihe von Bestimmungen aufgestellt, die darauf hinauslaufen, der GmbH. auch nach ihrer Errichtung einen gewissen Vermögensgrundstock zu erhalten. In erster Linie sind hier die §§ 20—24 GmbHG. zu nennen. Sie dienen dazu, um das im Gesellschaftsvertrage der GmbH. versprochene Stammkapital zusammenzubringen. Sollte einer der Gesellschafter mit der Einzahlung seiner Einlage über den Zahlungstermin hinaus warten, so hat er von diesem Augenblick an Zinsen zu zahlen; evtl. greift ein Kaduzierungsverfahren, durch welches er seines bereits bezahlten Geldes verlustig geht, Platz. (§ 21 GmbHG.). Unter Umständen können auch seine Rechtsvorgänger für seine Nichtzahlung haftbar gemacht werden (§ 22 GmbHG.). Läßt sich selbst von ihnen der fehlende Betrag nicht beitreiben, so müssen die übrigen Gesellschafter den fehlenden Betrag gemeinsam aufbringen (§§ 23/24 GmbHGes.). So lauten die Bestimmungen über die Schaffung des Stammkapitals. Die eigentliche Erhöhung des einmal zusammengebrachten Vermögens ist in den §§ 30—34 GmbHG. geregelt. Wir lesen dort, daß an die Gesellschafter nicht eher Vermögen ausgezahlt werden darf, bevor nicht das Stammkapital gedeckt ist (§ 30 GmbHG.). Sollten desungeachtet trotzdem Rückzahlungen erfolgen, so sind, falls nicht die Empfänger gutgläubig waren, diese unverzüglich zurückzuerstatten (§§ 31, 32 GmbHG.). Die GmbH. darf ferner eigene Geschäftsanteile, auf die die Stammeinlage noch nicht eingezahlt ist, nicht erwerben; sofern eine Einzahlung bereits erfolgt sein sollte, soll die GmbH. eigene Anteile nur dann erwerben, wenn deren Erwerb aus dem über das Stammkapital vorhandenen Vermögen möglich ist (§ 33 GmbHG.). Eine Amortisation von Geschäftsanteilen darf im allgemeinen nur dann statt-

finden, wenn sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist (§ 34 GmbHG.).

Vergegenwärtigen wir uns alle diese Bestimmungen, so sehen wir, wie sehr dem Gesetzgeber daran gelegen hat, auch einer entstandenen GmbH. gewisse Vermögensmassen — ihr Stammkapital — zu erhalten. Er hat sich bemüht, durch Erlaß geeigneter Bestimmungen einem gänzlichen Vermögensverfall entgegenzuarbeiten. Dieser Wunsch zeigt sich auch darin, daß er, sobald festgestellt wird, daß das noch vorhandene Vermögen nicht mehr die Hälfte des Stammkapitales deckt, den Geschäftsführer dazu anhält, eine Auflösung der GmbH. in die Wege zu leiten (§ 64 GmbHG.). Die GmbH. soll nicht mit einem Male gänzlich mittellos dastehen.

Welchen Schluß können wir nun aus dem oben Gesagten ziehen? Dürfen wir annehmen, daß die GmbH. mit Verlust der das Stammkapital darstellenden Vermögensmassen beendigt ist oder kann sie trotzdem ohne jegliches reale Vermögen bestehen? Der Gesetzgeber hat sich zu dieser Frage nicht geäußert. Er war — wie wir sahen — nur bestrebt, der GmbH. ein gewisses Mindestvermögen zu erhalten.

Ehe wir in der Literatur und Rechtsprechung zu diesem Punkte nähere Einsicht nehmen, sei auf eine verwandte Erscheinung Bezug genommen. Wir finden im HGB. eine Gesellschaft, die in vielen Punkten in gleicher Weise wie die GmbH. geregelt ist. Sie ist wie diese juristische Person und kann ebenfalls nur mit einem Vermögen zur Entstehung kommen. Man hat deshalb beide Gesellschaften mit dem gemeinsamen Namen „Kapitalsgesellschaften" belegt. Auch bei dieser HGB.-Gesellschaft — der Aktiengesellschaft — ist der Gesetzgeber bemüht,

das zur Gründung erforderliche Vermögen, das Aktienkapital, auch für die Zukunft sicherzustellen. Er hat zu diesem Zwecke ungefähr die gleichen Schutzvorschriften wie bei der GmbH. aufgestellt: Zinsenzahlung, Kaduzierung, Haftpflicht der Rechtsvorgänger, Versteigerung, Auszahlung nur aus dem das Aktienkapital überschreitenden Vermögen, Erwerb eigener Aktien usw. Fehlen tut z. B. die bei der GmbH. mögliche Schuldendeckungspflicht; auf sie hat der Gesetzgeber bei der Aktiengesellschaft wohl deswegen verzichtet, weil er grundsätzlich nicht die Aktionäre zu eng mit der Aktiengesellschaft verbinden wollte.

Aus dieser ungefähr gleichmäßigen Normierung der GmbH. und Aktiengesellschaft erklärt sich naturgemäß die bei der GmbH. oben schon aufgeworfene Frage, was geschieht, wenn plötzlich das gesamte reale Vermögen der Aktiengesellschaft — also auch die das Aktienkapital darstellenden Vermögensgegenstände — verschwinden? Dürfen wir in einem solchen Falle noch ein Fortleben der Aktiengesellschaften annehmen oder ist diese jetzt als beendigt anzusehen? Prüfen wir die gesetzlichen Bestimmungen im HGB. zu dieser Frage, so kommen wir zu dem gleichen Ergebnis wie oben bei der GmbH.: Der Gesetzgeber hüllt sich auch hier wieder in Schweigen; wir wissen zunächst nicht, wie wir uns zu verhalten haben.

Aus diesem Vergleich zwischen der Aktiengesellschaft und GmbH. geht hervor, daß unser Problem bezüglich des Vorhandenseins eines sachlichen Substrates nicht ein nur der GmbH. eigentümliches, sondern ein sich aus dem Wesen der GmbH. als Kapitalsgesellschaft ergebendes Problem zu sein scheint. Wir werden deshalb bei unseren jetzt folgenden Betrachtungen nicht nur die einschlägige

GmbH.-, sondern auch die entsprechende Aktiengesellschaft-Literatur in Erwägung ziehen müssen.

In der Wissenschaft hat man sich bisher zu keiner einheitlichen Stellungnahme zusammenfinden können. Es gibt ungefähr ebensoviele Stimmen, die sich bei völligem Vermögensverlust einer Kapitalsgesellschaft für eine Beendigung [1]) derselben aussprechen, wie Stimmen, die sich für ein Weiterleben aussprechen. So lesen wir z. B. bei Lehmann [2]), daß eine Aktiengesellschaft durch den Fortfall ihres Vermögens nicht beendet werde; es sei zwar richtig, daß sie nur mit einem Grundkapital ins Leben treten könne, aber daraus dürfe nicht der Schluß gezogen werden, daß sie bei Verlust der dies Grundkapital darstellenden Vermögensmassen ihr Ende nehme; das Grundkapital sei, wenn die Aktiengesellschaft erst mal ins Leben getreten sei, nur noch eine buchmäßige Größe, insofern es nur noch in der Bilanz unter den Passiva sichtbar werde: es diene zur Sicherung der Gläubiger und erleichtere der Aktiengesellschaft die zu ihrem Geschäftsbetrieb notwendige Kreditverschaffung; eine Existenzbedingung der Aktiengesellschaft solle es nicht bedeuten. In anderer Weise argumentiert Staub [3]) für den Fortbestand einer Kapitalsgesellschaft bei Vermögensverlust. Er beruft sich darauf, daß der Gesetzgeber die juristischen Personen und damit auch die Kapitalsgesellschaften in gleicher Weise wie die natürlichen Personen als vermögensfähige Subjekte behandelt habe; es dürften daher, wenn der Gesetzgeber es nicht ausdrücklich angeordnet habe, keine Unterschiede zwischen ihnen

---

1) Neukamp S. 116.
2) Das Recht der Aktiengesellschaft. 1904. II. Bd., S. 515.
3) HGB. 1920, 10. Aufl. I. Bd. II. Teil. S. 1209.

gemacht werden; ebenso wie es widersinnig wäre, bei einer natürlichen Person im Falle ihres Vermögensverlustes ihren Tod anzunehmen, so wäre nicht zu verstehen, weshalb denn eine juristische Person und damit eine Kapitalsgesellschaft wie die Aktiengesellschaft und GmbH. in gleicher Lage untergehen sollte; bloßer Vermögensverlust könnte ihre Lebensfähigkeit nicht beeinträchtigen. Staub [1]) meint weiter, daß die juristischen Personen im Vertrauen auf ihre Leiter ja vielleicht Kredit erhalten und damit wieder in den Besitz des realen Vermögens gelangen könnten; auch ständen sie doch eigentlich viel besser da als überschuldete juristische Personen, die nur noch wenig Vermögen hätten.

Diesen Gedankengängen Lehmanns und Staubs sind eine ganze Reihe von anderen Autoren indirekt nachgegangen. Sie geben zu, daß mit den im Gesetz für die GmbH. und Aktiengesellschaft aufgestellten Auflösungsgründen die Reihe der Beendigungsgründe noch nicht geschlossen sei; sie haben sich daher bemüht, die Tatbestände, die ihrer Ansicht nach geeignet sind, eine Beendigung der GmbH. herbeizuführen, aufzufinden. Während sie deshalb z. B. die Amortisation sämtlicher Geschäftsanteile und den Erwerb sämtlicher Aktien und Geschäftsanteile durch die Gesellschaft als Untergangsgrund angenommen haben [2]), haben sie den realen Vermögensverlust nicht genannt. Dieser soll ihrer Ansicht zufolge also keine Beendigung mit sich bringen. Die Kapitalsgesellschaften sollen bei Eintritt dieses Tatbestandes unverändert weiter bestehen.

1) ebendort.

2) Crüger-Crecelius § 60, 5a; Makower, § 292 I; Lehmann, Das Recht der AG. II. Bd. S. 515; Renaud, Das Recht der AG. S. 828; Rudorff § 295; Anm. Gareis S. 272; Goldmann II. Bd. § 292.

Stellen wir diesen Angaben nun eine Bemerkung Neukamps und Renauds gegenüber [1]). Bei ihnen finden sich die Worte, daß mit Verlust des realen Vermögens die Kapitalsgesellschaft zugrunde gehe. Wie sollen wir uns zu dieser Ansicht verhalten? Ist sie nur eine vereinzelte Abweichung von einer sonst im obigen Sinne herrschenden Meinung oder findet sie in der Literatur weiteren Rückhalt? Verfolgen wir diese Frage, so stoßen wir hier auf eine Reichsgerichtsentscheidung [2]), der zufolge eine Kapitalsgesellschaft mit Vermögensverlust beendet sein soll. Es wird dort die Auffassung vertreten, daß die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft lediglich auf einem bestimmten Vermögen aufgebaut sei, sie könne daher, wenn dieses Vermögen absorbiert sei, nicht mehr aufrecht erhalten werden; es fehle ihr dann an der notwendigen Grundlage; die Kapitalsgesellschaften seien, soweit es sich um das Vorhandensein von Vermögen handele, anders geregelt als die reinen rechtsfähigen Vereine; sie bedürften zu ihrer Existenz zweierlei Substrate: eines sachlichen und eines persönlichen; gehe das sachliche verloren, so müsse folgerichtig eine Beendigung der Aktiengesellschaft angenommen werden.

Welchen Standpunkt sollen wir nun in dem Streite der Meinungen einnehmen? Ist es richtig, wie Renaud, Neukamp und das Reichsgericht behaupten, daß der reale Vermögensverlust einen Untergang der Kapitalsgesellschaften nach sich ziehe? — Dann müßten die „toten GmbH." als nicht mehr bestehend gelöscht werden. — Oder sollten wir uns Lehmann und Staub anschließen, wonach die Kapitalsgesellschaften ungehindert weiterleben? M. E. dürfte diese

---

1) Renaud S. 789, 794. Neukamp GmbHG. S. 116.
2) Bd. 14. Nr. 116.

letztere Ansicht die richtige sein. Vermögensverlust vermag auf den Bestand der Kapitalsgesellschaften keine Wirkung auszuüben. Der Gesetzgeber hat nirgendswo eine Bestimmung erlassen, wonach in solchen Fällen eine Beendigung der Gesellschaften anzunehmen sei. Er hat das Vorhandensein von Vermögen nur für die Entstehung der Kapitalsgesellschaften gefordert. Später mag das Vermögen ruhig fortfallen, die Gesellschaften bleiben unerschüttert am Leben; sollten sie gleichzeitig mit dem Vermögensverlust in Schulden geraten sein, so hätte an sich gemäß dem § 292 HGB. und § 60 GmbHG. eine Auflösung mit anschließendem Konkurs zu erfolgen [1]). Ob das Konkursgericht allerdings einem Antrag auf Konkurseröffnung zustimmen würde, erscheint wegen gänzlichen Vermögensmangels als sehr zweifelhaft. Wahrscheinlich würde der Antrag abgelehnt werden.

Wir müssen zunächst daran festhalten, daß der Vermögensverlust keinen unmittelbaren, von sich aus wirkenden Beendigungsgrund darstellt. Das Vorhandensein von Vermögen kann deshalb auch nicht als sachliches Substrat aufgefaßt werden.

Wie verträgt sich aber nun mit diesen Ausführungen die wiederholte Bemerkung, von v. Gierke, daß die Kapitalsgesellschaften doch auf zwei Substraten — einem sachlichen und einem persönlichen — aufgebaut seien [2])? Ist v. Gierke ein Gegner unserer Darstellung oder sieht er das sachliche Substrat in etwas anderem als in dem realen Vermögen? Lesen wir bei v. Gierke nach, so finden wir zunächst bei

---

1) Gen. Th. S. 841.

2) Gen. Th. und Rechtspr. S. 841. Gesch. des dtsch. Körperschaftsbegriffes S. 872 ff. Rechtsgeschichte der dtsch. Gen. S. 114, 120; Dtsch. Priv. R. S. 559, 560.

ihm die Worte, daß der reale Vermögensverlust keine Beendigung der Aktiengesellschaft — der Kapitalsgesellschaft — bedeute.[1]). v. Gierke steht damit klar und deutlich auf seiten Lehmanns und Staubs, denen sich übrigens auch Pinner[2]) angeschlossen hat. Wenn er trotzdem an ein sachliches Substrat glaubt, so muß ihm dieses eben etwas von dem realen Vermögen Verschiedenes sein. In der Tat unterscheidet v. Gierke auch zwischen dem realen Gesellschaftsvermögen und dem Grundkapital. Er sieht nicht das erstere, sondern das letztere als sachliches Substrat an; nur ein Fortfall des Grundkapitals vermag seiner Ansicht nach[3]) eine Beendigung der Kapitalsgesellschaften herbeizuführen. Einen Untergang des Grundkapitales denkt er sich in der Art, daß die sämtlichen Aktien oder Geschäftsanteile eingezogen, d. h. amortisiert werden oder von der Gesellschaft zu Eigentum erworben werden. Erst damit — meint er — verschwindet das sachliche Substrat.

Zum Verständnis dieser v. Gierkeschen Auffassung ist es erforderlich, den Begriff „Grundkapital" näher zu erklären. Man sollte zunächst annehmen, daß damit ein Teil des realen Geschäftsvermögens bezeichnet werde. Das kann aber nicht der Fall sein; denn wenn wir vom gänzlichen Untergange des Geschäftsvermögens sprachen, so würde, wenn das Grundkapital nur ein Teil desselben wäre, es selbstverständlich auch nicht mehr vorhanden sein. Wenn wir v Girke recht verstehen, so sieht er „im Grundkapital" auch nicht ein reales Vermögensstück, sondern es ist ihm nur eine gedachte, rechnerische (vgl. auch Lehmann[4])

1) S. 841, in Gen. Th. u. Rechtspr.; 560 in Dtsch. Privatr.
2) S. 281.
3) Vgl die angegebenen Stellen.
4) 515.

Vermögenseinheit. Wenn v. Gierke vom „Grundkapital" spricht so denkt er nur an eine buchmäßige Größe, die mit der Mitgliedschaft in engem Zusammenhange steht, insofern nur derjenige Mitglied sein kann, der an diesem Grundkapital mit einem Anteilsrecht beteiligt ist. Halten wir uns diesen Gedanken v. Gierkes vor Augen, so erkennen wir, daß die Ausstellung eines solchen sachlichen Substrates eigentlich überflüssig ist, v. Gierke wäre zu dem gleichen Ziele gelangt, wenn er nur gesagt hätte, daß bei den Kapitalsgesellschaften die Mitgliedschaft etwas anders geregelt ist als bei dem reinen rechtsfähigen Verein des BGB. Während man hier Mitgliedschaft schon durch bloßen Aufnahmeantrag und Beschluß erwerben kann, muß man sich bei den Kapitalsgesellschaften gleichzeitig an der Bildung des Vermögensgrundstockes beteiligen. Nur derjenige, der der Kapitalsgesellschaft Vermögen zuwendet und dafür an dem Gesellschaftsvermögen anteilsberechtigt wird — oder der an die Stelle eines ausscheidenden Mitgliedes tritt, — darf den Namen „Mitglied" führen. Unter „Grundkapital" ist nach der Entstehung der Kapitalsgesellschaft nur noch die Summe der Anteilsrechte der einzelnen Mitglieder zu verstehen. Das „Grundkapital" wird dadurch vernichtet, daß die Anteilsrechte, sei es durch Amortisation oder Erwerb eigener Aktien bezw. Geschäftsanteile durch die Kapitalsgesellschaft erlöschen.

Betrachten wir das von v. Gierke aufgestellte „Grundkapital" unter diesen Gesichtspunkten, so erkennen wir, daß mit dem Untergang des Grundkapitales weiter nichts als der Fortfall sämtlicher Mitglieder zum Ausdruck gebracht wird. In solchen Fällen sind dann eben allen Mitgliedern ihre früher geleisteten Einlagen zurückerstattet; die Folge dieser Zurückerstattung ist, daß die Mitglieder

ihr Anteilsrecht am Grundkapital verlieren. Da aber die Mitgliedschaft die Beteiligung am Grundkapital zur Voraussetzung hat, so muß sie, wenn die Beteiligung nicht mehr besteht, erlöschen,

Wir haben somit abschließend das Ergebnis gewonnen, daß auch die Kapitalsgesellschaften zu ihrer Existenz nur eines — allerdings besonders gearteten — persönlichen Substrates bedürfen. Solange dieses nicht hinweggefallen ist, müssen die Kapitalsgesellschaften als bestehend angesehen werden.

§ 8.

Den „toten GmbH." fehlt es an einem geeigneten Personenverband.

Nachdem wir in dem vorigen Abschnitte nachgewiesen haben, daß ein sachliches Substrat in der Gestaltung eines Realvermögens zur Existenz nicht erforderlich ist, wollen wir jetzt unsere frühere Frage, ob bei den „toten GmbH." das persönliche Substrat noch vorhanden ist, zu beantworten suchen. Wir wissen jetzt, daß nur ein Fortfall dieses persönlichen Substrates die GmbH. beendigen kann.

Stellen wir nun zunächst fest, ob das persönliche Substrat durch einen Fortfall des „Grundkapitales" vernichtet ist? Dieses würde, wie oben schon dargestellt, dann der Fall sein, wenn die sämtlichen Geschäftsanteile amortisiert oder an die GmbH. übergegangen wären. Sehen wir uns den Tatbestand, wie er bei den „toten GmbH." vorliegt, in dieser Richtung näher an, so erkennen wir, daß ein Wegfall des persönlichen Substrates in dieser Weise nicht in Frage kommen kann. Die „toten GmbH." haben nur ihr reales Vermögen eingebüßt. Ein Untergang der Mitgliedschaftsrechte durch Amortisation oder

Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch die Gesellschaft ist nicht eingetreten, vielmehr bestehen diese, falls nicht eine Beendigung des persönlichen Substrates aus anderen Gründen angenommen werden kann, ungehindert weiter. Es muß zugegeben werden, daß sie zwar zur Zeit wegen Fehlens der realen Grundlagen wertlos sind, aber diese Wertlosigkeit kann — allgemein betrachtet — in jedem Augenblick wieder behoben werden. Es ist immer möglich, daß der GmbH. von seiten der Gesellschafter oder von dritter Seite Vermögen zur Verfügung gestellt wird. Tritt dieser Umstand ein, so ist damit der Zustand der Vermögenslosigkeit der GmbH. auch vorüber. Sie hat wieder etwas, was sie ihr Eigen nennen kann. Den bisher wertlosen Geschäftsanteilen ist wieder eine reale Unterlage gegeben.

Bisher haben wir uns noch nicht dazu verstehen können, eine Beendigung der „toten GmbH." anzunehmen. Alle Tatbestände, die wir bei ihr als vorliegend kennen gelernt haben, — Betriebseinstellung, Vermögensverlust, — sind nicht geeignet, den Schluß auf eine solche zuzulassen. Wir werden daher, um zu einer endgültigen Antwort zu kommen, uns jetzt ohne Aufstellung einzelner weiterer Merkmale die Grundfrage vorlegen müssen, ist das zu ihrem Bestand notwendige persönliche Substrat noch vorhanden oder ist es als weggefallen anzusehen? Sollte sich bei einer solchen Untersuchung herausstellen, daß es noch existiert, so würden wir daraus zu schließen haben, daß es überhaupt vergebliche Mühe war, nach einem Beendigungsgrunde zu suchen: Die „toten GmbH." sind dann eben noch nicht tot, es liegt bei ihnen mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimung kein Tatbestand vor, der die Annahme ihres Unterganges rechtfertigen könnte.

Sollte sich aber herausstellen, daß das persönliche Substrat nicht mehr vorhanden ist, so würden wir nach dem Grunde seines Fortfalls weiter zu forschen haben. Es müßte dann unbedingt ein Umstand, der das Verschwinden des persönlichen Substrates zur Folge hat — also ein Beendigungsgrund — vorliegen.

Bei der Darstellung der Theorien über die Rechtspersönlichkeit der Korporationen hatten wir gesehen, daß die Rechtspersönlichkeit dieser durch das Vorhandensein einer organisierten Personenvielheit bedingt ist. Nur ein Fortfall dieser organisierten Personenvielheit vermag von sich aus eine Beendigung der Korporationen herbeizuführen. Wenn wir jetzt prüfen wollen, ob die „toten GmbH." noch existieren, so müssen wir untersuchen, ob ihre Mitglieder noch einen lebenden Organismus, einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte darstellen, ob sie noch eine zur Annahme eigener Rechtspersönlichkeit geeignete reale Willensgröße bilden.

Daß die „toten GmbH." früher diesen Anforderungen in vollstem Umfange genügt haben, darf nicht bezweifelt werden. Ihre Mitglieder waren in den Zeiten, in denen noch Geschäfte betrieben wurden, alle an dem Wohl und Wehe der Gesellschaft interessiert. Sie werden sich deshalb regelmäßig zu Mitgliederversammlungen zusammengefunden haben, um die Geschäftsführer zu überwachen, sie evtl. abzusetzen und durch andere zu ersetzen, um Bilanzen zu genehmen, Kapitalserhöhungen oder -herabsetzungen zu beschließen, Satzungsänderungen vorzunehmen usw. Vielleicht haben sie auch einen Aufsichtsrat gebildet gehabt, der der großen Menge der Gesellschafter einen Teil der Kontrollarbeiten abnahm. Ebenso werden sie häufig Einsicht in die Geschäftsbücher verlangt haben, um

den Betrieb besser übersehen zu können[1]); oft werden sie auch selbst als Geschäftsführer die Leitung der GmbH. in Händen haben. Fassen wir alle diese Punkte zusammen, so werden wir bestimmt annehmen müssen, daß die Gesellschafter vormals das waren, was wir als persönliches Substrat einer Korporation kennen gelernt hatten. Sie waren ein lebender Organismus, einheitlicher Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte usw.

Wie steht es heute mit dieser Annahme? Stellen sich uns die Gesellschafter immer noch wie früher als reale Einheit dar, bilden sie immer noch ein geeignetes persönliches Substrat, oder ist in ihrem Zusammenhang irgend eine Änderung vorgekommen? M. E. läßt sich diese letzte Frage nicht verneinen. Zum mindesten bestehen rein tatsächlich genommen erhebliche Verschiedenheiten zwischen dem heutigen und damaligen Zustand. Wir hatten eingangs angeführt, daß die Gesellschafter, ohne einen Auflösungsbeschluß gefaßt zu haben, formlos auseinandergegangen sind, daß sie jegliches Interesse an der Weiterführung des Betriebes verloren haben, daß sie gegenseitig nicht mehr wissen, wer jetzt eigentlich von Rechts wegen noch Gesellschafter sein müßte. Man kann unter Berücksichtigung aller dieser Momente wohl ungehindert sagen, daß die Rechtsbeziehungen, die zwischen den Ge-Gesellschaftern und der Gesellschaft vorliegen, nur noch auf dem Papier stehen. In Wahrheit sind alle Bande aufgehoben, zum mindesten stark gelockert.

Ich glaube, daß die hier vorliegenden tiefgreifenden Verschiebungen nicht nur rein tatsächlicher Natur sind, sondern daß sie auch rechtlich bedeutsame Folgerungen

---

1) RG. Bd. 49, S. 149.

mit sich bringen. Es wird nicht angängig sein, unter Voraussetzungen, wie sie eben geschildert wurden, die Gesellschafter noch als „lebenden Organismus", „einheitlichen Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte" und so weiter zu bezeichnen. Eine solche Annahme würde uns nur zu einer inhaltslosen, irreführenden Fiktion hintreiben. Wenn wir schon einmal die Verhältnisse klar zu erfassen suchen, so dürfen wir auch vor schwerwiegenden Schlüssen nicht zurückschrecken. Wir können daher zunächst nur unumwunden den Satz aussprechen, daß unter Voraussetzungen, wie sie für uns vorliegen, an ein Weiterleben der „toten GmbH." nicht gedacht werden kann, diese sind vielmehr durch das Auseinanderlaufen der Gesellschafter ihres notwendigen persönlichen Substrates und damit jeglicher Lebenskraft beraubt; sie sind in dem Augenblicke beendet, in dem der „lebende Organismus" stirbt, in dem ihre Gesellschafter keinen „einheitlichen Anknüpfungspunkt für subjektive Rechte" mehr darstellen, keine reale Willensgröße mehr bilden.

Was die Frage der bei Beendigung einer GmbH. an sich notwendigen Liquidation anlangt, so kann eine solche im Sinne der §§ 60 ff. GmbHG. nicht stattfinden; die GmbH. wird durch das Auseinanderlaufen der Gesellschafter nicht „aufgelöst", vielmehr führt der plötzliche Verlust ihres persönlichen Substrates sogleich ihren „Untergang" herbei. Ein Auflösungsstadium kommt daher, ähnlich wie bei der Amortisation sämtlicher Geschäftsanteile oder beim Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch die Gesellschaft gar nicht erst in Betracht. Praktisch werden sich aus dem Fehlen der Liquidation wohl kaum Bedenken ergeben; wir haben ja bereits zur Genüge betont, daß bei den „toten GmbH." irgend welches Realvermögen nicht mehr vorhanden ist, diese vielmehr gänzlich mittellos sind.

Sollten sich ausnahmsweise doch noch irgendwelche Vermögensgegenstände anfinden, so müßten wir diese — analog wie es Crüger, Staub und Liebmann[1]) im Falle der Amortisation oder des Erwerbes sämtlicher Geschäftsanteile durch die Gesellschaft tun — als herrenloses Gut betrachten und sie im Wege einer entsprechenden gerichtlichen Liquidation gemäß den §§ 45 Abs. 3 BGB. den Gläubigern und, falls ein Überschuß zurückbleibt, den dort genannten Anfallsberechtigten zuführen. Für den Fall, daß das noch vorhandene Vermögen in Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter besteht, — es ist z. B. eine Nachschußpflicht festgesetzt und für den Einzelfall bereits beschlossen, aber noch nicht durchgeführt, oder die Mitglieder haben ihre Stammeinlagen noch nicht vollständig oder verspätet eingezahlt, sodaß sie Zinsen schulden —, wird man nicht annehmen dürfen, daß die einzelnen Mitglieder durch den Untergang der Gesellschaft ihrer früher bereits entstandenen Verpflichtungen gegen diese ledig werden, vielmehr bleiben sie hierfür auch nach Beendigung der Gesellschaft fortgesetzt verhaftet, ähnlich wie auch die Mitglieder eines rechtsfähigen Vereines des BGB. trotz ihres Austrittes von ihren z. Zt. vor ihrem Austritt schon entstandenen Verbindlichkeiten nicht befreit werden.

§ 9.

Das Auseinanderlaufen der Mitglieder einer juristischen Person (Korporation) führt deren Untergang herbei.

Wir haben uns in dem vorigen Abschnitte dazu entschlossen, für eine Beendigung der „toten GmbH." ein-

---

1) Crüger, § 560, 5 a; Staub GmbHG. 1913 § 60, Anm. 22; Liebmann § 60 V 10.

zutreten, indem wir als Beendigungsgrund das tatsächliche Auseinandergehen der Gesellschafter annahmen. Es ist selbstverständlich, daß wir bei diesem Ergebnis, das wir hier eben für die GmbH. gewonnen haben, nicht stehen bleiben dürfen, wir müssen uns vielmehr vor Augen halten, daß diese nur eine Einzelform eines größeren Ganzen sind, daß sie in innigster Verwandtschaft zu dem rechtsfähigen Verein des BGB., der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien stehen. Alle grundlegenden Sätze, die wir für die GmbH. auffinden, werden daher auch regelmäßig, soweit sie nicht mit dem Stammkapital zusammenhängen, auf die übrigen rechtsfähigen Personenverbindungen bezogen werden müssen. Wenn wir uns also im vorliegenden Falle für eine Beendigung der „toten GmbH." ausgesprochen haben, so werden wir uns über die Vermutung, daß dieser neue Beendigungsgrund auch auf die anderen Korporationen ausgedehnt werden müsse, nicht hinwegsetzen dürfen. Was zunächst die rein äußere Sachlage anbetrifft, so läßt sich nicht einsehen, weshalb nicht die gleichen Voraussetzungen, die wir bei den „toten GmbH." kennen gelernt haben, nicht auch beim rechtsfähigen Verein, der Aktiengesellschaft usw. wiederkehren sollen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Mitglieder dieser Korporationen aus irgend welchen Anlässen jegliches Interesse an der Weiterführung des Betriebes verlieren, daß sie plötzlich jeglichen Zusammenhang untereinander aufgeben und sich sämtlich so verhalten, als wenn sie überhaupt nicht mehr Mitglieder der betreffenden Korporationen wären. Wenn uns hier die Frage vorgelegt werden würde, ob wir solche Korporationen noch als bestehend anerkennen wollten, so würde m. E. unsere Antwort hier naturgemäß nur genau wie oben bei den

„toten GmbH." dahin lauten können: Die Mitglieder bilden keinen lebenden Organismus mehr, das zur Existenz einer Korporation erforderliche persönliche Substrat ist verschwunden, die Korporation ist somit beendigt, und die Eintragung im Register ist sofort zu löschen.

In der Literatur ist zu dieser Frage des tatsächlichen Auseinanderlaufens der Mitglieder der juristischen Personen (Korporationen) noch keine Stellung genommen worden. Ob man an diesen Tatbestand überhaupt nicht gedacht hat oder ob man mit dem Schweigen andeuten wollte, daß er keine rechtliche Bedeutung habe oder ob man umgekehrt geglaubt hat, mit der Aufstellung des Erfordernisses des persönlichen Substrates als „lebender Organismus" usw. schon genügend Aufklärung nach der positiven Seite der Beendigung hin gegeben zu haben, wir wissen es nicht. Wir stehen nur vor der bloßen Tatsache, daß bisher keine Auslassungen zu unserer Frage gemacht sind.

Bevor wir uns jetzt unserer von früherer Stelle noch offenstehenden Kritik an der hannoverschen und Göttinger Registerpraxis wieder zuwenden, müssen wir uns noch über eine Einwendung aussprechen, die, wenn sie begründet wäre, unsere sämtlichen Untersuchungen überflüssig machen würde. Wir hatten oben auf Grund eingehender Betrachtungen über die Lebensvoraussetzungen der Korporationen festgestellt, daß diese durch das tatsächliche Auseinanderlaufen ihrer Mitglieder beendet werden; wir hatten uns damit bei der Entscheidung unserer Frage lediglich von äußeren, sichtbaren Vorgängen leiten lassen.

Es ist nun sehr wohl denkbar, daß man sich bei dem vorliegenden Tatbestande nicht durch die äußeren Verhältnisse bestimmen lassen will, sondern daß man ihn von der sub-

jektiven Seite her zu erklären sucht. Man würde sich dann die Frage vorzulegen haben, was dachten sich die einzelnen Mitglieder, als sie sich plötzlich alle von dem Korporationsleben zurückzogen? welches waren die Motive, durch die sie zu einer solchen Teilnahmslosigkeit bewogen wurden?

Betrachten wir unseren Tatbestand von einem derartigen Gesichtspunkt aus, so drängt sich uns sofort die Vermutung auf, daß in dem Verhalten der Mitglieder vielleicht eine stillschweigende Austrittserklärung enthalten sei. In der Tat läßt sich eine solche Annahme, wie sich unten gleich zeigen wird — allerdings nur für die toten rechtsfähigen Vereine, bei der GmbH. und Aktiengesellschaft z. B. gibt es keinen Austritt[1]) — theoretisch wohl rechtfertigen; sie ist daher nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Ob sie jedoch für alle Fälle auch praktisch eine geeignete Erklärung abzugeben imstande ist, kann zweifelhaft sein. Wir werden sie daher im folgenden einer kürzeren Betrachtung unterziehen müssen.

Bevor wir nun die toten rechtsfähigen Vereine des BGB. in der angegebenen Richtung kritisch untersuchen, bedarf es eingangs einer kurzen Darstellung des Austrittes überhaupt. Wir müssen erst die Grundlagen dieses Institutes fest vor Augen haben, bevor wir uns in Einzelbetrachtungen darüber einlassen. Forschen wir im Gesetze nach, so finden wir Vorschriften über den Austritt der Mitglieder in dem § 39 BGB. Dort lesen wir, daß die Mitglieder eines rechtsfähigen Vereins jederzeit die Möglichkeit haben, aus dem Verein auszuscheiden, ohne daß dieser dabei in seinem Bestande irgend welche Veränderungen erleidet. Sie können von dieser Befugnis

1) Dernburg S. 268; Staub 1913 § 60 Anm. 26.

durch nichts abgehalten werden. Etwaige Satzungsbestimmungen, die einen Austritt für unzulässig erklären oder die Kündigungsfrist über zwei Jahre ausdehnen (§ 39 BGB.) verstoßen wider die guten Sitten bzw. gegen ein gesetzliches Verbot und sind als nichtig anzusehen. Da der Austritt aus einem Verein grundsätzlich an keine besondere Form gebunden ist, so genügt es bereits, wenn nicht in der Satzung eine abweichende Regelung getroffen ist, eine einseitige Willenserklärung, die nach allgemeinen Regeln auch stillschweigend durch konkludente Handlung abgegeben werden kann; es ist nicht unbedingt erforderlich, daß das ausscheidenwollende Mitglied seinen Austritt ausdrücklich erklärt, sondern diese Wirkung tritt unter Umständen auch schon dann ein, wenn es sich z. B. völlig von dem Vereinsleben zurückzieht und so tut, als ob es nicht mehr Mitglied wäre. Sein Verhalten kann dann evtl. so aufgefaßt werden, als ob es nichts mehr vom Verein wissen und austreten wollte.

An diesem Ergebnis — der Zulässigkeit eines stillschweigenden Gesamtaustrittes — darf uns auch der § 58 Abs. 2 BGB., in dem es heißt, die Satzung solle Bestimmungen über den Austritt der Mitglieder enthalten, nicht irreführen. Damit soll nicht gesagt sein, daß Vorschriften: der Austritt muß durch ausdrückliche mündliche oder gar schriftliche Erklärung kundgetan werden, erlassen werden, sondern der Paragraph ist derart allgemein gefaßt, daß er auch mit der Bestimmung — wer sich nicht um den Verein kümmert, gibt damit seinen Austritt zu erkennen — wohl übereinkommt. Das Ziel des § 58 BGB. ist nur, die Art und Weise, wie der Austritt im Einzelfall erfolgen soll, festzulegen; die Mitglieder sollen dazu angehalten werden, von Anfang an klar anzugeben, wie das Aus-

scheiden vor sich gehen soll, damit nicht später Differenzen kommen, sondern jederzeit die Rechtslage eindeutig erkennbar ist. Irgend ein Zwang, den Austritt in bestimmte Richtlinien zu pressen, ist nicht beabsichtigt.

Ziehen wir aus dem bisher Gesagten nun die Anwendung auf unsere „toten rechtsfähigen Vereine des BGB., so läßt sich nicht bestreiten, daß sich uns hier eine geeignete Möglichkeit zu eröffnen scheint, um ihre tatsächliche Beendigung auch rechtlich begründen zu können. Es steht, wie Staudinger[1]) ausdrücklich betont, nichts im Wege, daß plötzlich alle Mitglieder eines rechtsfähigen Vereines — sei es durch offene Erklärung, sei es, wie bei uns anzunehmen wäre, durch konkludente Handlungen — aus diesem austreten. Dadurch würde natürlich, da der Verein nicht ohne Mitglieder bestehen kann, seine Beendigung herbeigeführt werden müssen; ein persönliches Substrat ist zu seiner Existenz unbedingt erforderlich.

Wie steht es nun in der Praxis mit einer solchen Annahme? Lassen sich durch einen stillschweigenden Gesamtaustritt der Mitglieder alle unsere Fälle einwandfrei erklären? M. E. ist eine solche Vorstellung abzulehnen. Daraus, daß eine Idee theoretisch als ausführbar erscheint, folgt noch lange nicht, daß sie auch auf die Wirklichkeit übertragbar ist. Wenn wir daher oben zwar auch den stillschweigenden Gesamtaustritt theoretisch als rechtlich zulässig befunden haben, so werden wir doch jetzt bekennen müssen, daß er in der Praxis so gut wie gar nicht vorkommt. Vielmehr wird hier immer eine ausdrückliche mündliche oder schriftliche Erklärung verlangt werden. Damit entfällt aber für uns jede Möglichkeit, die toten

1) S. 192.

rechtsfähigen Vereine generell als durch einen stillschweigenden Gesamtaustritt beendet anzusehen. Dieser wird nur — und auch hier nicht ohne Bedenken, wie sich noch ergeben wird, — auf einige wenige Ausnahmefälle Anwendung finden können.

M. E. ist der „stillschweigende Gesamtaustritt" auch noch um deswillen abzulehnen, weil wir über die inneren Vorgänge, wie sie sich in der Brust jedes einzelnen Mitgliedes abspielen, nur sehr wenig unterrichtet sind. Wir sehen nur die bloße Tatsache, daß die einzelnen Mitglieder von der Korporation gänzlich abgerückt sind, daß sie sich um das Schicksal dieser nicht zum geringsten kümmern, daß sie sich so verhalten, als wenn sie nicht mehr Mitglieder wären. Darüber hinaus ist uns jeder Einblick in ihre Gedanken verwehrt. Wir wissen nicht, ob die einzelnen Mitglieder wirklich noch Mitglieder sein wollen oder ob sie durch ihr Verhalten tatsächlich ihren Austritt anzeigen wollen. Alles, was wir hierüber aussagen können, sind nur durch nichts begründete Vermutungen. Wir werden uns hüten müssen, in das Verhalten der Mitglieder mehr hineinzulegen, als in ihm wirklich enthalten ist. Wir dürfen uns nicht danach fragen, ob wirklich ein stillschweigender Gesamtaustritt vorliegt, wir müssen vielmehr unsere Unkenntnis hierüber rückhaltlos zugeben. Nicht von subjektiven Momenten dürfen wir uns leiten lassen, sondern, wenn wir Trugschlüsse vermeiden wollen, dürfen wir uns nur an den objektiven äußeren Tatbestand halten. Wir müssen immer bedenken, daß wir im Falle der Heranziehung subjektiver Momente uns evtl. einer groben Entstellung der wahren Sachlage schuldig machen könnten. Wir würden den Mitgliedern der „toten Korporationen"

unter Umständen Absichten andichten, die sie niemals gehabt haben. Es kann uns nichts daran liegen, die Beendigung der „toten Korporationen" unter Zuhilfenahme einer Fiktion begründet zu sehen.

Wir sind nunmehr zu dem Ergebnis gekommen, daß jede Möglichkeit, den Untergang der „toten Korporationen" subjektiv zu erfassen, von vorneherein ausgeschlossen ist. Wir werden uns daher, nachdem wir den stillschweigenden Gesamtaustritt abgelehnt haben, nicht weiter zu bemühen brauchen, auf andere Weise — evtl. durch einen Verzicht sämtlicher Mitglieder auf die Mitgliedschaft — die Beendigung darlegen zu wollen. Die subjektiven Momente sind zu ungewiß, als daß wir aus ihnen rechtlich bedeutsame Folgerungen ableiten könnten.

An sich böte ein Verzicht sämtlicher Mitglieder auf die Mitgliedschaft wohl eine geeignete Konstruktion, um den Untergang der toten Korporationen zu begründen, denn wenn sämtliche Mitglieder auf die Mitgliedschaft verzichten, so fällt damit das zur Existenz der Korporation erforderliche persönliche Substrat fort. Ohne persönliches Substrat kann aber, wie wir oben nachgewiesen hatten, eine Korporation nicht bestehen. Nähere Ausführungn über den „Verzicht" bedarf es jedoch an dieser Stelle nicht; wir haben ja oben bereits ausgeführt, daß uns die Gedankenwelt der Mitglieder der „toten Korporationen" verschlossen ist; wir wissen nicht, ob sie wirklich auf die Mitgliedschaft verzichten wollten. Der „Verzicht" sämtlicher Mitglieder auf die „Mitgliedschaft" würde ebenso wie der stillschweigende Gesamtaustritt wieder nur einen Teil der „toten Korporationen" erklären können. Mit einer Konstruktion, die nur einen Teil unseres Problems löst, im übrigen uns aber im Unklaren läßt, würde uns gewiß

nicht gedient sein. Die „toten Korporationen" dürfen nur objektiv behandelt werden.

§ 10.

Die „toten GmbH." müssen als nicht mehr bestehend gelöscht werden.

Besinnen wir uns jetzt, daß wir unsere Kritik an der hannoverschen und Göttinger Registerpraxis noch nicht vollständig durchgeführt haben.

Wir hatten uns im § 2 dieser Abhandlung dazu verstanden, die Auffassung des hannoverschen Richters, der § 60 GmbHG. käme für uns nicht in Betracht, anzuerkennen; wir waren aber dann mit ihm bei der Frage in Widerspruch geraten, ob nicht trotzdem ein vom Gesetzgeber nicht genannter „natürlicher" Beendigungsgrund vorläge. Der hannoversche Richter hatte dies abgelehnt. Wir glauben in dem § 8 dieser Abhandlung nachgewiesen zu haben, daß dennoch ein Beendigungsgrund gegeben ist: das Auseinanderlaufen der Mitglieder der „toten GmbH." hat den Fortfall des persönlichen Substrates und damit ihren Untergang zur Folge. Wir werden daher, wenn wir jetzt an der hannoverschen Auffassung eine letzte Kritik ausüben wollen, diese als irrig bezeichnen müssen. Die „toten GmbH." sind tot, sie dürfen ohne Bedenken gelöscht werden; sie haben im Handelsregister nichts mehr zu suchen.

Hiermit haben wir uns gleichzeitig der Göttinger Registerpraxis gegenüber festgelegt! Wir hatten gesagt, daß man dort gegen die „toten GmbH.", sobald sie bekannt werden, das amtliche Löschungsverfahren gemäß dem § 31 Abs. 2 HGB. und § 141 FGG. betreibt. Wir hatten aber auch weiter gefunden, daß man rechtliche

Gründe für dieses Vorgehen nicht anzugeben weiß, sondern daß man lediglich den tatsächlichen Verhältnissen, die auf ein Erlöschen der Firma hindeuten, folgt. Angesichts dieser Umstände hatten wir im § 3 dieser Abhandlung erklärt, daß die Löschung praktisch zwar zu begrüßen wäre, daß sie aber, solange es ihr an einer rechtlichen Begründung fehle, keine Anwendung finden dürfte. Wir hatten gesagt, daß wir uns zu einer Löschung nur dann entschließen könnten, wenn es uns gelänge, eine rechtliche Begründung für die Beendigung der „toten GmbH." zu finden. Dieser Nachweis ist uns m. E. in dem § 8 dieser Abhandlung geglückt. Es hat sich gezeigt, daß die „toten GmbH." in Wahrheit nicht mehr bestehen; sie dürfen infolgedessen gelöscht werden.

In Göttingen hat man unbewußt, indem man sich zunächst nur rein tatsächlich den Bedürfnissen des Verkehrs fügen zu müssen glaubte, das Rechte getroffen. Das amtliche Löschungsverfahren ist durchaus zulässig. Eine besondere gesetzliche Regelung, wie sie von Hannover und der Literatur zufolge z. B. auch von Elberfeld gefordert wird, ist unnötig. Die „toten GmbH." werden schon von der bestehenden Rechtsordnung mitergriffen.